

جواهر الكلام

« فِي شَيْخِ شَرِيعَةِ الْإِسْلَامِ »

تأليف

شَيْخُ الْفُقَهَاءِ وَابْنُ الْمُحَقِّقِينَ الشَّيْخُ مُحَمَّدُ بْنُ الْحَافِي

المرقسي ١٢٤٦

الجزء الثالث والعشرون

قوبل بالنسخة المصححة التي قوبلت بنسخة الأصل المخطوطة

المصححة بقلم المصنف طاب ثراه

حقه وعلق عليه

الشيخ علي الاخواندي

طبع على نفقة

دار الإحياء التراث العربي

بيروت - لبنان ١٩٨١

الطبعة السابعة

هو الله تعالى شأنه العزيز

هذا جواهر كهف المسلمين ومن إذا تصعب أمر عنده هانا
محمد الحسن السامي المقام ومن طابت سريرته سرّاً واعلانا
محيي شريعة طه والذي شهدت بفضلته كل . أهل العلم اذعاننا
ومرجع الخلق من عرب ومن عجم خبراً جزاء إله العرش رضوانا
و كعبة للهدى غراء تقصد ها كل الانام رجلا و ركبان

كتبها أقل الاقلين وأذل الاذلين

داود بن أبي الحسن بن أبي طالب

الرضوي الهمداني

سنة ١٢٥٦هـ

وجدنا هذه الايات مكتوبة وراء صفحته الاولى

من نسخة الاصل فأردنا إثباتها تذكراً

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

وبه نستعين

والحمد لله رب العالمين وصلى الله على محمد وآله الطيبين الفر الميامين

الفصل الثالث

مما بنى عليه كتاب التجارة ﴿ في الخيار ﴾ الذي هو بمعنى الخيرة
أى المشيئة فى ترجيح أحد الطرفين ، إلا أن المراد به هنا ملك اقرار
العقد وازالته . بعد وقوعه مدة معلومة ، ولا ريب فى ثبوته فى الجملة ،
بل هو كالضروي ، وإن كان الأصل فى البيع اللزوم ، أى بناؤه عليه لاعلى الجواز
وإن ثبت فى بعض أفرادهِ وفى جامع المقاصد أو أن الأرجح فيه
ذلك ، نظراً إلى أن أكثر أفرادهِ عليه ، ومراده أن الأصل حينئذ بمعنى
الراجع ، كما أن مرجع الأول إلى ما يناسب المعنى اللغوي ويمكن
كونه بمعنى القاعدة ، أما الاستصحاب فبعيد إلا بتكلف نعم هو دليله
مضافاً إلى الآية (١) فى وجه وظاهر النصوص (٢) : ﴿ والنظر فى أقسامه
و أحكامه ، أما أقسامه ﴾ فقد ذكر المصنف هنا منها ﴿ خمسة ﴾ واخر
سبعة ، وثالث ، ثمانية ، ورابع ؛ أربعة عشر . وليس ذلك خلافاً وإنما
هو مجرد جمع واستقصاء . ﴿ الأول خيار المجلس ﴾ أى عدم التفرق
حقيقة عرفية أو تجوزاً فى بعض أفراد الحقيقة ، لعدم اعتبار محل الجلوس
فى هذا الخيار ، بل ولا مكان العقد فى شيء من النصوص و الفتاوى ،

(٢) الوسائل الباب ١٥ من ابواب الخيار .

﴿ف﴾ حينئذ ﴿إ﴾ إذا حصل الإيجاب و القبول إنعقد البيع و ﴿ك﴾ كان ﴿ل﴾ لكل من المتبايعين خيار الفسخ مادام في المجلس ﴿أ﴾ أي لم ينفردا ، إجماعاً منا بقسميه ، ونصوصاً مستفيضة أو متواترة . منها - قول الصادق عليه السلام في صحيح ابن مسلم وصحيح زرارة (١) عن رسول الله صلى الله عليه وآله « البيعان بالخيار حتى ينفردا » وقوله عليه السلام في صحيح الفضيل (٢) لما قال له ما الشرط في غير الحيوان : « البيعان بالخيار ما لم ينفردا فإذا انفردا فلا خيار بعد الرضا منهما » وفي صحيح الحلبي (٣) « أيما رجل اشترى بيعاً فهما بالخيار حتى ينفردا فإذا انفردا وجب البيع » وفي صحيح عمر بن يزيد (٤) « قال رسول الله صلى الله عليه وآله : إذا التاجران صدقا بورك لهما وإذا كذبا وخانا لم يبارك لهما وهما بالخيار ما لم ينفردا فان اختلفا فالقول قول رب السلعة أو يتاركا » إلى غير ذلك من النصوص التي لا بأس بدعوى تواترها .

فما في خبر غياث (٥) عن جعفر عن أبيه عن علي عليهم السلام «قال: قال: إذا سفق الرجل على البيع فقد وجب وإن لم ينفردا » مطرح او محمول على اشتراط السقوط . أو على إرادة حصول الملك ، أو على الافتراق البعيد ، أو غير ذلك ، والأجود حمله على التقية من أبي حنيفة وأتباعه في هذه الفتوى الملموفة التي أقدم فيها على خلاف رسول الله ﷺ و آله على علم منه ، ولذا عدت في مطالعته ، وإطلاق النص والفتوى شامل لكل من المالكين ، ومن في حكمهما والوكيلين والمختلفين بل في الرياض ثبوته للمتبايعين سواء كان العقد لهما أو لغيرهما أو على

(١) الوسائل الباب ١ من أبواب الخيار الحديث ٢٠١

(٢) و(٣) الوسائل - الباب ١ - من أبواب الخيار الحديث ٢٠٣

(٤) و (٥) الوسائل الباب ١ - من أبواب الخيار الحديث ٢٠٦

التفريق على بعض الوجوه بالاجماع القطعى ، والمستفيض الحكاية ، وإن كان فيه نوع مناقشة ، إلا أن الوجه فى ذلك واضح للصدق ، سواء قلنا بأن البيع هو الصيغة ، أو النقل ، أو الانتقال ، فالبايعان المتلبسان بالصيغة ، أو الناقلان ، أو موجداسبب الانتقال ، و الكل صادق على الكل فثبوته حينئذ للوكيلين من الشرع باعتبار الصدق المزبور والتبعية ، كما صرح به فى الحقائق ، لامن نص الموكل وإذنه فيه ، بل قد يتوقف فى ثبوته لهما مع حضورهما معهما ، لعدم الصدق إلا توسعاً ، ولذا يقال عند التحقيق : ما باعاً وإنما باع وكيلهما ، بل مال اليه فى الحقائق اللهم الا أن يدعى ثبوت الخيار لهما باعتبار كونه حقاً متعلقاً فى مالهما فيتبعه فى الانتقال اليهما ، الا أن ذلك لا ينافى ثبوته للوكيلين مع ذلك ، ومال اليه فى المسالك والمحكى عن التذكرة ، بل لعل مدته حينئذ افتراق الوكيلين لافتراقهما الذى لم يجعل غاية فى شىء من النصوص بعد فرض كونهما غير بيعين ، وليس هذا اختلافاً بين الضمير ومرجه ، اذ ليس ثبوت الخيار لهما من الخبر المزبور كى يرد ذلك ، بل لما قلناه وهو يقتضى فرعته على مال الوكيلين فيتبعه حينئذ فتأمل هذا .

ولكن فى المسالك بعد اعترافه أن اطلاق المتن يقتضى التعميم المزبور وأن العرف يشهد على الصدق المذكور فى الوكيلين قال : « لكن الحكم فى المالكين واضح ، وأما الوكيلان فان لم ينص لهما الموكل على الخيار لم يكن لهما الفسخ . فينتفى الحكم عنهما ، وان وكلهما فيه ، فان كان قبل العقد بنى على التوكيل فيما لا يملكه الموكل هل يصح بوجه حينئذ أم لا وسيأتى فى بابہ انشاء الله فان لم تجوزه لم يكن لهما ذلك أيضاً ، وان جوزناه ، أركان التوكيل فيه بعد العقد فى المجلس كان لهما الخيار مالم يفترقا ، عملاً باطلاق الخبر ، وهل يثبت مع ذلك للموكلين اذا حضرا

المجلس قيل : نعم لأن الخيار لهما بالأصالة ، ولأنهما بيعان عرفاً ، إذ يصدق على البائع عرفاً أنه باع متاعه إذا كان قد وكل في بيعه وباعه الوكيل ، وكذا المشتري ، ويحتمل العدم لأنهما ليسا بايعين بمعنى موقعي الصيغة ، ولانقلين للملك إنما أوقعها و نقله الوكيلان ، ويحتمل أن لا يكون الخيار إلا لهما لأنهما المالكان حقيقة المستحقان للخيار إذ الأصل في الوكيلين أن لا يستحقان خياراً ، ولا يتناولهما الخبر ثم على تقدير ثبوت الخيار للجميع أو للمالكين فهل المعتبر تفرق الوكيلين أم المالكين أم الجميع كل محتمل ، ويشكل بسبب ضمير تفرقا في بعض الموارد ، ومن ثم قيل : ان المراد بهما المالكان والضمير لهما ، ودخول الوكيلين في الحكم بأمر خارج ، والوجه ثبوته لكل واحد منهما واعتبار تفرق كل في خيار نفسه لا في خيار الآخر ، والمسألة من المشكلات ، وكأنه أشار بقوله أخيراً قيل : إلى ما في جامع المقاصد في مسألة ثبوت الخيار مع اتحاد الموجب والقابل .

قال : « و الذي يجب أن يحقق في معنى الحديث أن البيعين ان أريد بهما العاقدان لأنفسهما لم يعم الوكيلين ولا الموكلين ، و إن أريد بهما مالك المبيع ومالك الثمن لم يطابق أول الحديث إلا إذا كان المالكان هما العاقدان لأن قوله مالم يفترقا لا يصدق في المالكين إذا كان العاقد غيرهما ، لانه يصير معناه حينئذ البيعان بالخيار مالم يفترق المتعاقدان . و هو غير ظاهر ، إلا أن يدعى وجود القرينة الدالة على مرجع هذا الضمير وهي ذكر الافتراق المقتضى بسبق الاجتماع للعقد ، أو يقال : ان الحديث دال على حكم المالكين المتعاقدين لأنه الغالب ، وحكم ما إذا كان العاقد وكيلاهما يستفاد من أمر خارج » قلت : قد يصعب إقامة دليل معتبر على ثبوته للوكيلين صالح لقطع أصالة اللزوم مع فرض عدم ارادتهما من لفظ الحديث ، ولذا قال

فى الحقائق : ما سمعت ، ومقتضاه أن لا يحتاج معه إلى نص الموكل بل لأعبرة بمنعه فى وجهه ، ولا يخفى عليك ما فى قوله وإن جوزناه الخ ، ضرورة أنه إذا كان مستند خيارهما التوكيل لا لفظ الحديث لم يتجه تأجيله بالافتراق الذى هو أجل للخيار الشرعى الثابت للبيعين ، ولا فرق بين توكيلهما وتوكيل أجنبى . اللهم إلا أن يدعى كون المراد أن البيعين بالخيار ولو من اذن الموكل مالم يفترقا . وهو كما ترى ، وما تسمعه فى آخر المبحث ، ومن الغريب قوله و هل يثبت مع ذلك الى آخره إذا كان المراد باسم الاشارة ما ذكره من صورتى ثبوت الخيار لهما . تجوز التوكيل قبل العقد أو فرض وقوعه بعده ، إذ لا وجه حينئذ لاحتمال عدم الخيار لهما ، بعد أن كان التوكيل فيه مقتضياً لثبوته لهما ، و الوكالة فى شئ لا تزيل تسلط الموكل ، و كذا لا وجه لعدم الخيار للوكيلين مع فرض أنهما قد وكلا فيه ، بل لا وجه لجميع ما مذكروه بعد ذلك ، ويمكن أن يريد باسم الاشارة ما ذكره أولاً من اقتضاء الاطلاق ثبوته للوكيلين ، ويكون الاحتمالات حينئذ لحال اجتماع حضور المالكين معهما خاصة ، لا إذا لم يجتمعا ، فان الخيار للوكيلين حينئذ على مقتضى الاطلاق المزبور ، أو يقال: ان المراد ثبوت الخيار لهما من حيث حضورهما مضافاً إلى ثبوته لهما من جهة عقد الوكيلين ، فيكون لهما الخيار من جهتين احديهما من حيث اجتماع الوكيلين ، و يبطله تفرقهما ، والثانية من جهة حضورهما ، ويبطله تفرقهما دون الوكيلين ، بل الظاهر أن مراده ذلك و إن كان فيه ما فيه ، ولا يخفى عليك أيضاً ما فى قوله ثم الخ ؛ كقوله والوجه مع ما سلف ، و بالجملة كلامه أشكل من المسألة ، هذا كله . ولكن الاضاف - إن لم يكن اجماع - عدم ثبوته للوكيلين إلا بالتوكيل فيه لا إسالة ، والخبر حينئذ إنما هو فى البيعين الموجب اجتماعهما فيه فى

مجلس العقد للخيار و تفرقهما سقوطه ، وثبوته للمالكين في عقد الوكيلين إنما هو لما دل من تنزيل عبارة الوكيل منزلة عبارة الموكل المقتضى ثبوت الخيار للموكلين ، اجراء لحكم عقدهما على العقد من و كيلهما بالتنزيل المزبور ، ولكن يسقطه تفرق الوكيلين باعتبار ظهور دليل الخيار في اعتبار دوام مجلس العقد ، سواء كان منهما أو من و كيلهما ، ومع تفرق الوكيلين لم يثبت الخيار باعتبار فوات مجلس العقد الذي لا دليل على تنزيل مجلس الموكل منزلته ، كي يكون المدار عليه لا على مجلس عقد الوكيلين ، فان عمومات الوكالة لا تقتضي ذلك ، و حينئذ فلا اختلاف في مرجع الضمير في البيعين بعد أن كان مورده غير الوكيلين ، و إنما ثبت الخيار للموكلين في بيعهما من الطريق الذي ذكرنا لا من الخبر ، أوقال ان المراد بكون البيعين بالخيار كونهما مع الخيار ، وإن كان ثبوته لمن له العقد ، بل لو أريد كونه لهما كان نحو قولهم الخيار في الحيوان للمشتري مثلا الشامل للوكيل مع أن من المعلوم كونه للموكل ، كما هو واضح ، وحينئذ فلا يكون اختلاف بين الضمير ومرجعه وعلى تقديره فهو للقرينة .

ومن ذلك يظهر لك الوجه فيما سمعته من كلام جامع المقاصد فلا حظ وتأمل وتدبر .

فان ذلك هو التحقيق الذي لا ينبغي المعيص عنه في المسألة ، وحاصله ثبوته للمالكين في عقد الوكيلين حضرا معهما أولم يحضرا ، ويسقطه تفرق الوكيلين ؛ نعم لو كانا وكيلين على مجرد اجراء الصيغة ، وقلنا بصحته . وكان الأصيلان حاضرين أمكن كون المدار على تفرقهما دون الوكيلين ، لصدق البيعين عليهما دونهما ، ويحتمل كونه كالأول لكون الوكالة فيه مشتملة أيضاً على انشاء النقل وقصد ، فهما كالمستقلين

من هذه الجهة ، وأما الوليان فالخيار للمولى عليه أيضاً ولكن للوليّين النظر فيه ، لعموم الولاية ، وكيف كان فالفضوليان غير بايعين بناء على ما هو التحقيق من أنه النقل ، سواء قلنا بأن الاجازة كاشفة ، أو ناقلة فلا خيار في عقدهما حينئذ ، نعم قد يحتمل خصوصاً على النقل دوران ثبوته على مجلس الاجازة إذا فرض اجتماعهما فيه ، ويحتمل سقوط الخيار هنا من أصله ، ويحتمل كونهما كالوكيلين لأنهما ناقلا إن أيضاً وإن كان مشروطاً بالرضا ولا يخلو من قوة .

﴿و﴾ على كل حال ف﴿لو ضرب بينهما حائل﴾ أو حفر نهر لا يتخطى أو نحو ذلك مع بقائهما على حال العقد ﴿لم يبطل الخيار﴾ قطعاً ، لعدم صدق التفرق به سواء كان غليظاً أو رقيقاً ثوباً أو جداراً من طين أو حص ، بلا خلاف أجده بيننا وبين غيرنا ، عداما في التذكرة عن الشافعية في الأخير قولان : أصحهما عدم السقوط ، قال : و الحقه الجويني بما إذا حمل أحدهما و أخرج ، لكن في المسالك انه نبه المصنف بما ذكره على خلاف بعض العامة حيث أبطله ولعله يريد ما سمعت والأمر سهل .

﴿وكذا﴾ لم يبطل ﴿لو اكرها﴾ معاً ﴿على التفرق﴾ باختيارهما أم لا ، بلا خلاف أجده ، بل في الغنية وعن تعليق الشرايع الاجماع عليه ، للاصل بعد تبادل الاختيار من النصوص ، ولذا يصح في التحقيق أن يقال لم يفترقا ، ولكن فرقا ، معترضاً بأنه شرع للارفاق المفقود مع الاجبار ، و بما في صحيح الفضيل السابق (١) من الاشعار ، بل لو أريد منه بعد الرضا منهما بالافتراق كان نصافي المطلوب ، ﴿و﴾ بغير ذلك فمعاساه يظهر من بعض متأخري المتأخرين من نوع توقف فيه في غير محله ؛ سيما إذا كان الاكراه رافعاً للاختيار من رأسه .

نعم قد اشترط جماعة بما إذا ﴿لم يتمكن﴾ مع ذلك ﴿من التخايير﴾ أي اختيار الفسخ أو العمل على مقتضى الخيار ، بأن سد أفواههما أو هدد عليه ، بل صرح في الروضة وغيرها بلزوم العقد مع تمكنهما منه ولم يختارا وإن أكرها على التفرق ، وفيه ان ترك اختيار الفسخ مع التمكن منه بعد الإكراه على الافتراق الذي نزل به الشارع منه منزلة العدم بالنسبة إلى الاسقاط كالسكوت في المجلس - لا دلالة فيه عليه - ولا وضع شريعاً له كما هو واضح ، ولو أكره أحدهما على المفارقة فإن أكره الآخر على المكث كانا معاً مكرهين ، وإلا فقد يظهر من تعليق عدم البطلان في المتن والمحكي عن الشيخ وغيرهما على إكراههما معاً البطلان فيه حتى في حق المكره .

ومثله لو حبس أحدهما وفارقه الآخر اختياراً ، ولعله لما تعرف من سقوطه في حال الاختيار بتخطي أحدهما عن الآخر وهو موجود في الفرض ، فلا يقدر إكراه الثاني ، وفيه صدق المفارقة باختيارهما معاً في الأول ، وإن كان المتخطي واحداً والآخر اختار المكث على المصاحبة ، كما أن الأول اختار التخطي على المكث مع صاحبه ، بخلاف ما نحن فيه الذي يمكن لولا الإكراه لجلس معه في الأول و صاحبه في الثاني ، والمدار في السقوط التفرق المستند إلى اختيارهما معاً ، لأنه المتبادر من النصوص ، حتى صحيح فضيل السابق ، والموافق لاصالة بقاء الخيار ، بل قيل : أنه مقتضى اجماع الغنية ، المعتمد بفتوى جماعة منهم الشهيد الثاني والمحقق الثاني في الروضة وجامع المقاصد بل لم أفق على الفتوى صريحاً في الاكتفاء بذلك ؛ فيما عدا القواعد قال : «ولو حمل أحدهما و منع من الاختيار لم يسقط خياره على إشكال . أما الثابت فإن منع من التخايير أو المصاحبة لم يسقط ، وإلا فالأقرب سقوطه فيسقط خيار الأول ، وفيه - مع منافاة إشكاله هنا لما جزم به -

قبل ذلك من بقاء الخيار لو أكرها على التفرق - بل ولما جزم به أيضاً في الثابت لأن التفرق إن كان صادقاً سقط خيارهما معاً وإن انتفى أو شك فيه فهو كذلك فيهما - أنك قد عرفت عدم السقوط فيهما في الأخير فضلاً عن سابقه لعدم تحقق التفرق المستند إلى اختيارهما معاً وهو المدار كما عرفت ، ومنه يعلم ضعف احتمال بقاء خيار المكره خاصة ، وإن كان هو أقوى مما استقر به ، بل هو ظاهره أو صريحه في التذكرة فلاحظ وتأمل ، ولو زال الاكراه ففي فورية الخيار وترأخيه إلى حصول الافتراق قولان ، أقواهما الثاني ، للأصل ولأن خيار المجلس موضوع على التراخي وهذا منه أو بدل عنه ، بل إن لم يتم إجماع على أن غاية الافتراق بعد الزوال ، أمكن القول ببقائه مطلقاً في بعض الصور التي لم يبق معها بعد الزوال صدق الافتراق فيكون الخيار حينئذ ثابتاً بقوله البيعان النخ ، ولم تحصل الغاية حال إمكانها وبعد الاكراه لم يبق لها مصداق فتأمل جيداً

ولو زال الاكراه وهو مارت في التذكرة انقطع خياره ببقائه سائراً قال : «وليس عليه الانقلاب إلى مجلس العقد ليجتمع مع العاقد الآخر إن طال الزمان ، وإن لم يطل ففيه احتمال عند الجويني» قلت : لا ريب في ضعفه لعدم الدليل على الوجوب في الفرض ، كما أنه لا دليل على تحري الأقصر لو أراد العود ، ولا نضر مفارقتها لمجلس الزوال له ، فمن التأمل فيما ذكرنا يظهر لك الحال في كثير من الفروع المتصورة في المقام منها - مالم تناديا بالبيع في سفينتين مثلاً ففرقتهما الريح التي لا يمكننا من الاصطحاب معها ، فإن الظاهر كما في جامع المقاصد عيديم السقوط أيضاً كالاكراه ، بل قال : «لو دهشا فلم يختاراً حينئذ ففسى السقوط نظر والله أعلم».

﴿و﴾ كذا ﴿يسقط﴾ الخيار ﴿بإشتراط سقوطه﴾ منهما أو من أحدهما
بلا خلاف أجده فيه ، بل في الفنية الإجماع عليه لأصالة اللزوم مع الشك في تناول

الأدلة له ، وعموم الأمر بالوفاء بالعقود (١) وصحيح «المؤمنون عند شروطهم» (٢) الذي هو أرجح مما دل على الخيار من وجوه فيحكم عليه وإن كان التعارض من وجه ، وليس الخيار من مقتضى العقد ، بل هو مقتضى إطلاقه ، بل قد يقال : إنه ليس من مقتضياته أصلاً ، بل هو حكم شرعي ثبت للعاقدين على أنه أولى من اشتراط الخيار في العقد ، والمراد من المتن وغيره مما عديفه ذلك أحد الأمور الأربعة المسقطة للخيار سقوطه بنفس الشرط ، لا اشتراط الاسقاط الذي يحصل بأحد مسقطاته ، إذ ليس هو حينئذ اسقاطاً بالشرط ، بل اقضاء استحقاق الاسقاط عليه ، فإن لم يف له به تسلط على الخيار كباقي الشرايط ، وليس مما نحن فيه ، كما أن اشتراطه بالمعنى الذي ذكرناه أولاً لا يرجع إلى نفي استحقاق ثبوت الخيار شرعاً كي يكون باطلاً ، بل مرجعه إلى إيجاب اختيار لزوم العقد عليه ، فمع قبوله كذلك لأبأس به ، وعدم حصوله إلا بعد تمام العقد لا ينافي اشتراط سقوطه عند حصول سببه ، فما عن بعض الشافعية من عدم صحة هذا الشرط كخيار الشفعة لا ريب في بطلانه .

كل ذلك مع الشرط ﴿ في العقد ﴾ أما قبله فلا يلزم كغيره من الشروط الخارجية ، للأصل ، بعد القطع بعدم إرادته من قوله : « المؤمنون عند شروطهم » لأن المراد منه ما يلتزمونه بالملزم الشرعي وإلا لوجب الوفاء بكل كلام يقع بينهم من الوعد وغيره ، وهو معلوم البطلان ، قيل : وإليه أوماً في جملة من النصوص (٣) في النكاح التي هي بفحواها أو عمومها شاهدة على المقام أيضاً خلافاً لظاهر المحكي عن الخلاف والجواهر فأوجبه به . وهو ممكن التنزيل

(١) سورة المائدة الآية ١ .

(٢) الوسائل الباب ٢٠ من أبواب المهور الحديث ٤ .

(٣) الوسائل الباب ٣٣ من أبواب المتعة و ٢٠ من أبواب المهور

ج ٢٣ (في سقوط خيار المجلس بمفارقة كل من المتبايعين ولو بخطوة) - ١٣-

على صورة بناء العقد عليه لاما إذا وقع سابقاً من دون بناء .

ومن الغريب ما في الرياض من أن قول الشيخ غير بعيد ، لولا نصوص النكاح ، للشك في شمول دليل الخيار ، إذ فيه أنه لاشك بعد القطع بصدق البيعين عليهما ، والدليل غير منحصر في المتيقن كما هو واضح والله أعلم ﴿ و ﴾ كذا يسقط الخيار ﴿ بمفارقة كل منهما صاحبه ﴾ إجماعاً بقسميه ونصوصاً مستفيضة أو متواترة (١) وتحصل ببعد أحدهما عن صاحبه ﴿ ولو بخطوة ﴾ بلا خلاف يعتد به أجده فيه ، لعدم تحديدها بالشرع فيكتفي بمسماها المتحقق بالخطوة قطعاً ، بل هي في كلامهم مثال لمطلق البعد بينهما زائداً على ما كان حال العقد ، ولا ينافي ذلك صحيح الخطي (٢) الذي لا يأتى حصوله بمادونها .

بل قد يستفاد منه ارادة المعنى اللغوى من الافتراق ، بناء على أن له معنى عرفياً لا يتحقق بالخطوة ونحوها بل في الرياض « لولا المعتبرة المستفيضة التي منها الصحيح المزبور ، لأنشكل إثبات الزوم وسقوط الخيار بالافتراق بنحو من الخطوة باطلاق مفهوم نصوص الافتراق ، لاختصاصها بحكم التبادر في الافتراق المعتد به الغير الصادق على الافتراق بنحو الخطوة عرفاً و عادة » وإن كان قد يناقش فيه بمنع عدم الصدق عليه عند التحقيق لا التوسع المبني على تنزيل القليل منزلة العدم ، بل الشك كاف لاصالة عدم النقل إلى معنى جديد ، وبأنه لا تعرض في المعتبرة للخطوة إذ في صحيح الحلبي (٣) عن الصادق عليه السلام « ان أباه اشترى أرضاً يقال لها العريض فلما استوجبها قام فمضى فقال له : يا ابيه لم عجلت ؟ فأجابه بأني أردت أن يجب البيع » ونحوه غيره ولا دلالة فيه على أنه كان خطوة أو أكثر ولا إطلاق فيه ، نعم في صحيح ابن مسلم (٤)

(١) و(٢) الوسائل الباب ٢ من أبواب الخيار الحديث ٣

(٣) و(٤) الوسائل الباب ٢ من أبواب الخيار الحديث ١ و٢

عن الباقر عليه السلام « بايعت رجلاً فلما بايعته قمت فمشيت خطأ ثم رجعت إلى مجلسي ليجب البيع حين افترقنا » ، وهو مع أنه ليس فيه خطوة ، حكاية فعل لا إطلاق فيه ولم يعلم حاله ، فالعمدة حينئذ ما ذكرنا معتضداً بفتوى الأصحاب ، وبعض ما يستفاد منه المراد بالمجلس من نصوص الصرف (١) فلاحظ وتأمل .

وعلى كل حال فظاهر النص والفتوى عدم اعتبار قصد الاسقاط بالافتراق فلا فرق فيه بين حصوله من الجاهلين أو العالمين أو المختلفين ، ولا بين الناسيين للبيع أو الخيار وغيرهما ، ولا بين الافتراق له أو لغرض آخر ، وفعل الباقر عليه السلام لا يقتضي حصر الاسقاط به ، فما عساه يتوهم من عبارة الحدائق من اعتبار ذلك في غير محله ، ومنه يعلم أنه لا يعتبر دلالة عرفاً على الرضا ، وإن كان قديتوهم من صحيح الفضيل (٢)

نعم صريح الصحاح المزبورة حصول افتراقهما بما ذكرناه من انتقال الواحد ؛ ولا يشترط ذلك منهما كما أوضحناه فيما تقدم ، وكذا لا فرق عندنا بين قرب المكانين وبعدهما ، حتى لو تساويا من مكان بعيد اعتبر التفرق من مكانهما لسقوط الخيار ؛ وعن بعض العامة اسقاطه لمقارنته المسقط ولأريب في سقوطه ، أما إذا لم يحصل مسماه كما لو مشيا مصطحبين أو تقاربا أو نحو ذلك لم يسقط الخيار ، ولو هرب أحدهما ففارق الآخر ولو بخطوة اختياراً ، عالمين أو جاهلين أو مختلفين ، ففي القواعد وجامع المقاصد السقوط أيضاً ، بل في الأخير وإن فعل ذلك حيلة في لزوم العقد ، وهو لا يخلو من نظر إذا لم يحصل صدق التفرق باختيارهما ، والله أعلم .

❖ و ❖ كذا يسقط الخيار في العقد ❖ بإيجابهما إياه أو أحدهما ورضا

(١) الوسائل . الباب ٢ - من أبواب الصرف الحديث ٨٣١ و ٨٣٢

(٢) الوسائل الباب ١ من أبواب الخيار الحديث ٣

الآخر* وهو المسمى بالتخاير، وصورته أن يقولوا اخترنا العقد أو الزمان أو اسقطنا الخيار أو نحو ذلك، مما يدل على اختيار لزوم العقد والرضا به، ولا يختص به، بل كل ما دل على الرضا فهو كاف، ولذا لزم بالإيجاب من أحدهما مع رضا الآخر، وعلى كل حال فالسقوط بذلك مما لا خلاف فيه، بل في الفنية والتذكرة ومحكي الخلاف الإجماع عليه، بل ولا إشكال، ضرورة معلومية كون الخيار مما يسقط بالاسقاط، وأن المدار في لزوم العقد على ما يدل على الرضا من الأفعال، فضلاً عن الأقوال، كما أوماً إليه في صحيح الفضيل وبعض نصوص خيار الحيوان (١) وغيره، ولما قيل من أن فسخ اللازم بالتقابل يقتضي لزوم الجايز بالتخاير، ولأنه سقط بالافتراق، لدلالته على الرضاء، والتخاير صريح فيه، وإن كان فيه نوع تأمل، وفحوى خبر السكوني (٢) عن الصادق عليه السلام « أن أمير المؤمنين عليه السلام قضى في رجل اشترى ثوباً شرط إلى نصف النهار فعرض له ربح فأراد بيعه فقال : ليشهد أنه قد رضيه أو استوجبه، ثم ليبعه إن شاء فإن أقام في السوق ولم يبع فقد وجب عليه، ونحوه خبر الحلبي والشحام (٣)

لكن في الحقائق « ولقائل أن يقول ان ذلك لا يزيد على ما يقتضيه العقد من اللزوم، و أقصاه التأكيد، ونصوص الخيار مطلقاً شاملة للعقد المؤكد وغيره، ضرورة صدق عدم الافتراق معه وهو مدار بقاء الخيار، إلا أن يقال ان هذه الألفاظ في قوة اشتراط سقوط الخيار فيرجع إليه، وهو من غرائب الكلام إذ الفرق بينه وبين الشرط في متن العقد واضح، كوضوح أن المراد به مادل على اسقاط الخيار لا مادل على أصل

(١) الوسائل الباب ٢١ من أبواب الخيار.

(٢) و(٣) الوسائل الباب ١٢ - من أبواب الخيار الحديث ١ و٢ و٣

وقوع العقد الذي مقتضاه اللزوم .

﴿ولو التزم أحدهما﴾ به ﴿سقط خياره﴾ ﴿لما عرفت﴾ دون صاحبه ﴿لاصالة بقاءه﴾ ، وعدم ارتباط أحدهما بالآخر ، وكونهما بالتفرق كذلك بناء على ما قلناه لا يقتضي مساواة غيره له كما هو واضح ، والتثنية في ثبوت الخيار لهما بعد معلومية ارادة ثبوته لكل منهما كما أوماً إليه في صحيح الفضيل المتضمن رضاهما معاً ، لا يقتضي الارتباط .

﴿ولو خير﴾ أحدهما الآخر بأن قال له : اختر ﴿فسكت فخير الساکت باق﴾ اجماعاً ، للاصل وإطلاق الأدلة ، والسكوت أعم من الرضا ، نعم لو اقترن بما يدل عليه سقط كما ستعرف ، ﴿وكذا﴾ خيار ﴿الآخر﴾ لان أمره بالخيار لخصوص المأمور أو لهما معاً لا يدل على اسقاط خيار نفسه باحدى الدلالات ، ﴿وقيل فيه﴾ ولكن لم نعرف القائل وإن نسب إلى الشيخ إلا أن المحكي عن مبسوطه وخلافه خلاف الحكاية ﴿يسقط﴾ للنبوي (١) «البيعان بالخيار ما لم يفترقا أو يقل لصاحبه اختر» ﴿والأول أشبه﴾ لما عرفت؛ وعدم ثبوت هذه الزيادة من طرفنا ، مع أن مقتضاها سقوط خيارهما معاً ، ولعله لذا حملها في المختلف على ما إذا خيره فاختر اللزوم ، لكن في الحدائق «إن فيه ما لا يخفى ، لأن محل الكلام إنما هو المخير بصيغة اسم الفاعل و ان تخيره لصاحبه يدل على اختياره الامساك وظاهر كلامه ان الذي اختار إنما هو المخير بصيغة أسم المفعول ، وهو ليس محل البحث » وفيه أنه صرح الشيخ ، وابن زهرة والعلامة والشهيد وغيرهم على ما حكى عن البعض بأنه لو قال أحدهما لصاحبه اختر فاختر الامضاء بطل الخياران ، أما لو سكت فهو ما نحن فيه ، بل قد استدل بعض الاساطين للسقوط بأنه ملك

الجواهر ٢

صاحبه ماملحه من الخيار ، وإن كان فيه منع دلالة التخخير على التملك ، ولو قصد سقط خياره ، كما صرح به في التذكرة وإن سكت المخير بالفتح كما أنه لا يسقط وإن أمضى الأمور إذا كان القصد الاستكشاف ، أما إذا قصد التفويض سقط مع الامضاء ، دون السكوت ، قيل : وهو الظاهر من التخخير ، ولذا فرقوا بين السكوت والامضاء ، ولو سلم عدم الظهور فهو أعم من التملك قطعاً ، فلا يحكم بالسقوط بمجرد ، ولو صرح بالمتعلق فإن قال : اختر الامضاء فالحكم كما لو أطلق ، ولو قال : اختر الفسخ فخيار الآخر باق وإن أمضى المخير ، و ظاهر الدروس سقوطه وهو بعيد . ثم إنه قد يظهر من اقتصار المصنف وغيره على ما ذكر من المسقطات عدم سقوطه بغير ذلك حتى التصرف ، بل هو كالصريح منه فيما يأتي ، بل قصره في الغنية والمحكي عن المبسوط وابني سعيد و ادريس في موضع من السرائر على التفرق والتخاير ، بل عن جماعة قصره على الأول ، لكن صرح جماعة من المتأخرين - بل الظاهر عدم الخلاف فيه بينهم كما اعترف به بعض الاساطين - بسقوط خيار المشتري بالتصرف في المبيع ، بل حكاه بعضهم عن خلاف الشيخ ، و الكافي و الجواهر و السرائر أيضاً ، بل عن الاول انه نقل اجماع الفرقة على أن المشتري متى تصرف في المبيع سقط خياره ، قال : وورد الاخبار بدعهم عليهم السلام مشيراً بذلك إلى ما أورده في كتاب الحديث ، إلا أنه لم نجد ما يدل على ابطال التصرف لمطلق الخيار بعد الاجماع المزبور المؤيد بتخصيص الاصحاب خيار الغبن بالبقاء مع التصرف من بين الخيارات ، مع احتمال ارادتهم فيه ايضاً ما قبل ظهور الغبن وثبوت الخيار ، فلا تخصيص حينئذ لذلك إلا ما قيل من التعليل بالرضا المستفاد من صحيح الفضيل السابق (١) وصحيح ابن رباب في خيار الحيوان (٢) ، و فيه فإن أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل الثلاثة فذلك رضاً منه فلا شرط له ، و منه

(١) الوسائل الباب ١ من أبواب الخيار الحديث ٣

(٢) الوسائل الباب ٢ من أبواب الخيار الحديث ١

يظهر الوجه في سقوط خيار البايع لو تصرف بالثمن المعين ، للاشتراك بالعلة و هي الدلالة على الرضاء بالبيع .

أما ما ذكره فيما لو انعكس الأمر - فتصرف البايع في المبيع أو المشتري في الثمن - من أنه يكون فسخا ، ويبطل به الخياران - بل في الغنية نفى الخلاف عنه - فلا أجده دليلاً سوى دعوى دلالة التصرف عليه ، ولا ريب فيه ان تمت الدلالة ولو بمعونة قرينة ، وإلا فهو محل مناقشة كما في الرياض « لمنع الدلالة مع أعمية التصرف من الفسخ وغيره ، فيحتمل السهو والغفلة فان تم اجماع على الاطلاق ، وإلا فالمسألة محل ريبة ، لاصالة بقاء صحة المعاملة والخيار فيها » قلت : بل ان لم يتم اجماع على الأول . أي اللزوم بالتصرف كان محالاً للنظر ، اذ دعوى دلالة عليه عرفاً مطلقاً محل منع ؛ خصوصاً وقد يصدر منه التصرف مع الغفلة عن البيع أو الخياراً ونحو ذلك . نعم يمكن دعوى وضع ذلك للدلالة شرعاً وتعميمه لما نحن فيه ، إلا أنه إن لم يحصل اجماع كما ترى ، بل قد يناقش في الدال منه عرفاً إذا لم تكن دلالة رافعة لاحتمال عدم ارادة الفسخ ، بناءً على اعتبار خصوص الظاهر من الأقوال في أمثال ذلك لا الأعم منها والافعال .

و على كل حال فهل المدار على حصول الدال على الرضاء باللزوم أو الفسخ - أو يكفي حصول ذلك في النفس وإن لم يصدر منه ما يدل ، عليه فيحرم عليه فيما بينه وبين ربه العمل على خلاف ما وقع فيها ، ظاهر الأصحاب الأول ؛ ويؤيده الاستصحاب ، وقد يظهر من بعض النصوص (١) الثاني .

وكذا لا خيار للبائع والمشتري في شراء من ينعتق على المشتري ، كما صرح به جماعة ، بل في الحدائق انه المشهور ، لدخوله في ملك المشتري

بنفس العقد ، فينتق بمجرد الملك ، والعق لا يقع متزلزلاً ، والحر لا يعود رفاً ، وفي الصحيح (١) « فيمن ينعق من الرجال والنساء انهم إذا ملكوا اعتقوا ، وانهم إذا ملكن اعتقن » بل في كثير من النصوص والعبارات نفى الملك ، وحقيقة النفي وأقرب مجازاته ينفيان الخيار .

نعم يثبت على القول بانتقال المبيع بعده ، إذ لا مانع فيه ، وهو خلاف التحقيق كما ستعرف ، و احتمال في الدروس ثبوته للبائع ، لسبق تعلق حقه فيقف العتق على التفرق ، أو يثبت الخيار في القيمة دون العين ، جمعاً بين الحقين وتنزيلاً لها منزلة التلف الذي لا يمنع الخيار ، بل في الحدائق «التوقف في سقوط خيار المشتري ، فضلاً عن البائع ، لان التعارض بين ما دل على العتق وعلى الخيار ، تعارض العموم من وجه ولا ترجيح » ولا ريب في بعد الجميع خصوصاً مع علم البائع ، ودعوى تقدم حقه ممنوعة ، فان الخيار بعد الملك كالعتق ، وهو مبني على التغليب وادلتته أنه على هذا المورد من أدلة الخيار ، ومعتمدة بالشهرة ، فيترجح عليها وتخصص بها ، والقيمة بدل العين ، فيمتنع استحقاقها دون المبدل.

نعم لو تصرف المشتري فيه بالعتق اختياراً سقط حقه قطعاً ، بناء على ما عرفت ، أما البائع فالظاهر بقاء خياره لسبق حقه ، إلا أنه يقوى في خصوص العتق الانتقال الى القيمة ، لما عرفت من عدم التزلزل فيه ، ودعوى عدم عود الحرراً ، اللهم إلا أن يدعى توقف نفوذ العتق على انقضاء خيار البائع ، وهو منافي لاطلاق ما دل على حصوله باجراء الصيغة على الملك ، لكن في المسالك الاشكال في صحة سائر تصرفات المشتري الناقلة مع خيار البائع ، وربما يأتي للمسألة تنمة في المباحث الآتية انشاء الله ، ولو اشترى العبد نفسه بناء على جوازه كالكتابة فكالاتفاق

عند الفاضل ، وفي جامع المقاصد « ان مثلهما لو كان المبيع جمداً في زمان الحشر ، لانه يذوب شيئاً فشيئاً إلا أن يقال التلف لا يسقط الخيار » قلت : و هو كذلك والله اعلم .

﴿ ولو كان العاقد واحداً عن اثنين ﴾ هو أحدهما أو غيرهما ﴿ كالأب أو الجد ﴾ أو الوصي لطفلين ، ﴿ كان الخيار ثابتاً مالم يشترط سقوطه ، أو يلتزم به عنهما بعد العقد . أو يفارق المجلس الذي عقد فيه على قول ﴾ لم نعرف قائله قبل المصنف ؛ نعم صرح بالخيار في الفرض جماعة من الاصحاب ، بل لا أجد فيه خلافاً بيننا ، وإن حكى الفاضل قولاً بالسقوط ، إلا أن الظاهر كما اعترف به بعض الاساطين كونه من العامة ، نعم احتمله بعض أصحابنا أو مال إليه ، بل في الحدائق « انه الاقرب ، لقاعدة اللزوم ، والشك في ثبوت الخيار في الفرض ، إن لم يكن ظاهر الأدلة خلافه » وفيه انه يمكن ان يكون دليله - بعد الاجماع في الغنية . على دخول خيار المجلس كل بيع ، معتمداً بالشهرة العظيمة في المقام ، و ظاهر الاصحاب في بيان محله التنقيح ، لان المقتضى له في التعدد - هو البيع ، وقد وجد في الواحد ، والنص وإن كان ظاهراً التعدد ، إلا انه بوروده مورد الغالب ؛ وظهور ارادة قصد التنصيص به على الاشتراك ، والتوطئة لذكر التفرق ، يضعف ارادة اعتبار ذلك في الخيار ، ولو اثر فيه ، لأثر في غيره مما ابتنى عليه ، فيسقط مع الاتجاد اكثر الاحكام ، وهو معلوم العدم ، فيكون الظاهر من تعليق الخيار بالبيع في قوله « البيعان » هو ثبوته لهما من حيث هما بيعان ويرجع بعد اسقاط التثنية من الحيثية ، لكونها في قوة التكرار بالمعطف إلى ثبوته للبايع من حيث هو بايع ، والمشتري من حيث هو كذلك ، والعاقد الواحد بايع ومشتري ، فيثبت له الخيار بالاعتبارين .

ولا ينافي ذلك قوله « مالم يفترقا » إذا كان المراد من النفي حقيقته التي

هي السلب المطلق ، فلا فرق فيه بين المتعدد والمتحد ، بل لو أريد منه الملكة أي عدم الافتراق عن شأنه ذلك ، أمكن حينئذ القول بأنه لا يقتضي تخصيص مورد الخيار به ، بل أقصاه السقوط بذلك فيما يحصل به من افراده ، فلا ينافي ما دل باطلاقه على ثبوت الخيار للبائع مثلاً ، من الخبر المزبور ، بعد ما ذكرناه فيه وغيره كقول الرضا عليه السلام (١) في خبر ابن اسباط «الخيار في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري وفي غير الحيوان ان يفترقا» أي الخيار ثابت في غير الحيوان إلى أن يفترقا إن كان لطرفيه عاقدان بل قيل : انه قد يتمسك للمطلق بعموم النص ، بدعوى ارادة الحقيقة من النقي والحمل للتثنية على عموم المجاز ، كما ينه عليه سوق النصوص (٢) و الاقتران بخيار الحيوان في أكثرها ، و العموم فيه معلوم بالنصوص ، منها صحيح الفضيل (٣) المتقدم سابقا ، وفي الصحيح (٤) «ما الشرط في الحيوان؟ فقال : ثلاثة أيام للمشتري ، قلت : وما الشرط في غير الحيوان ؟ قال : البيعان بالخيار ما لم يفترقا فاذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما» الذي هو مع تضمنه لما ذكرنا عم ائمتنا سؤالا ، فينبغي ان يعمه جواباً وتعليلاً ، ينشأ من التنبيه على علة السقوط بالافتراق ، فيعمه حكماً .

كل ذلك مضافا الى معلومية بدلية المتحد عن الاثنين في سائر الأحكام الثابتة للمتبايعين ، والى استبعاد ثبوته لو وكل الولي عن أحد الطرفين ثم عقد معه إذ دعوى السقوط فيه أيضاً كما ترى ، فلا مناص بعد ذلك بل بعضه عما عليه

(١) الوسائل الباب ١ - من أبواب الخيار الحديث ٥

(٢) الوسائل الباب ٢٠١ من أبواب الخيار .

(٣) الوسائل الباب ١ من أبواب الخيار الحديث ٣

(٤) الاستبصار ج ٣ ص ٧٢

الأصحاب ، كما انه لا مناص بعد القول بثبوته ، عن القول بعدم سقوطه في التأخر عن مجلس العقد ، للاستصحاب وعدم ما يدل على تنزيله منزلة افتراقهما كما هو المشهور بين الأصحاب بل لم يظهر فيه خلاف بينهم .

نعم عن المبسوط كالمتن حكايته ، و احتمله العلامة ، و يحتمله عبارة الدروس على بعد ، وعن الصيمري اعتماده ، نظراً إلى ان خيار المجلس يسقط بمفارقتة من غير اصطحاب ولا مصاحبة بين الشخص ونفسه ، وفيه ان افتراقهما ايضاً مستحيل ، والمسقط هو الافتراق ، وربما انتصر له بلزوم الضرر ، ومخالفة الفرع للأصل ، وبإطلاق مادل على جواز بيع الوكيل ماله من موكله ، ومال موكله من نفسه ، ولو دام الخيار مع الاتحاد وجب التفصيل ، و الضرر يندفع بالا شتراط ، والفسخ والمخالفة مقبولة ؛ ضرورة عدم اللزوم بمفارقة المجلس خاصة في المتبايعين ، بل لابد من افتراق البدين ، وتصرف الوكيل منوط بالمصلحة مطلقاً ، فان وجدت مع استمرار الخيار ، وإلا بطل لهذا الاعتبار .

هذا ولعل اقتصار المصنف على هذين المسقطين ، لعدم ذكره التصرف أما غيره ممن ذكره ولم يذكره هنا ، فمقتضاه انه لا يحصل به في المقام باعتبار اشتراك المتصرف ، إلا أن يضم إليه قصد التصرف عن احد هما ، ولو جاء مصطحبين فقال أحدهما : تفرقنا وازم البيع ، وأكرر الآخر ، فعلى المدعى البينة ، إن لم يطل الوقت ، للأصل ، بل وإن طال ترجيحاً له على الظاهر ، ويحتمل العكس ، بل قواه في جامع المقاصد ، نظراً إلى شدة استبعاد بقاء الشخصين مجتمعين مدة طويلة ، مع كون الاصطحاب منسوباً إليهما معا ، حتى لو أراد أحدهما المفارقة احتيج في منعه إلى الالتزام والقبض ؛ وذلك من الأمور النادرة ، قال : ولكن هذا الظاهر يتفاوت قوة وضعفاً بفراط طول

المدة وعدمه» قلت : هو ان لم يصل في القوة الى صلاحية قطع الأصل ، يشكل تقديمه عليه ، ولو اتفقا علي التفرق ، واختلفا في الفسخ ، فالقول قول منكره بيمينه .

وفي القواعد «احتمال تقديم مدعيه ، لانه أعرف بنيته ، وهو كما ترى ، ولعله يريد مالواختلفا في فعل مدعي الفسخ ، مع أن ظاهر جامع المقاصد تقديم قول المنكر فيه ، ولو قال أحدهما : تفرقنا قبل الفسخ ، وقال الآخر : فسخنا قبل التفرق ، احتمل تقديم الأول ، لاصالة بقاء العقد ، و تقديم الثاني ، لانه يوافقه عليه و يدعي فساد ، والأصل صحته ، لأن الفسخ فعله ، واصالة تأخر كل منهما عن الآخر مع جهل التاريخ يقتضي الافتران ، وهو مع انه خلاف الظاهر ، بل والأصل ، كما حقق في محله ولذا لم يعتبره أحد من الأصحاب يقتضي ترجيح الأخير ، لاستصحاب الخيار حتى يتحقق الافتراق فتأمل والله اعلم .

القسم الثاني = خيار الحيوان

﴿ خيار الحيوان ﴾ الذي هو في الجملة اجماعي . بل ضروري عند علماء المذهب ﴿ والشرط فيه ﴾ أي الخيار في الحيوان ﴿ كله ﴾ أنسيه وغيره ﴿ ثلاثة ايام ﴾ على المشهور بين الأصحاب شهرة عظيمة بل في ظاهر الانتصار والتذكرة و المحكي عن الخلاف والتحرير وصريح السرائر الاجماع عليه ، لاطلاق النصوص

بل العموم في بعض الصحاح منها ؛ وخصوص صحيح ابن رثاب (١) وغيره ، مما سمعه خلافا للحليين على ما حكى عن أبي الصلاح منهما ، وربما يوافقهما ظاهر الشيخين ، والمحكي عن الديلمي ، حيث حكموا بضمنان البايع مدة الاستبراء ، وليس إلا لأنها مدة الخيار المضمون ما يحدث فيها على البايع . لانه لا خيار له ، و الحمل على عدم القبض بعيد . بل المفروض في المقنعة والنهاية . «وضع المشتري اياها عند غيره ، وهو قبض وايداع ، بل فيهما ، والوسيلة ومحكي المراسم والجامع ان نفقة تلك المدة على البايع ، قيل : وهو يؤذن بذلك ، وإلا لوجبت على المشتري بالملك قبل انقضاءها .

قلت : يمكن القول بالضمنان والنفقة مع انقضاء مدة الخيار ، للدلالة كما هو مقتضى الجمع بين اطلاقهم الثلاثة في خيار الحيوان ، وذكر هم ذلك ، وعلى كل حال فلا نعرف له مستنداً صالحاً لمعارضة اطلاق الأدلة وعمومها فضلاً عن خصوصها ، إذ اجماع الغنية - بعد معارضته بمثله ، ورجحانه عليه من وجوه - غير صالح لذلك قطعاً كما هو واضح .

وكيف كان فهذا الخيار ﴿ للمشتري خاصة دون البايع على الاظهر ﴾ الاشهر فتوى ورواية . بل المشهور شهرة عظيمة فيها ، بل في الغنية وظاهر الدروس أو صريحها الاجماع عليه ، بل لأجد فيه خلافاً لإلأمن المرتضى في انتصاره ، والمحكي عن ابن طاووس ، بل لم نعرف النسبة إلا لاولهما ، لقاعدة اللزوم المستفادة من الآية (٢) والرواية ، وخصوص صحيح ابن رثاب (٣) المروى عن قرب الاسناد

الجواهر ٣

(١) الوسائل الباب ٣ من ابواب الخيار الحديث ١

(١) سورة المائدة الآية ١ .

(٢) ذكر صدره في الوسائل الباب ٣ من ابواب الخيار الحديث ٩ وذيله في الباب ٤ منها الحديث ٣

«سئل الصادق عليه السلام عن رجل اشترى جارية ، لمن الخيار للمشتري أو البائع أو لهما كليهما ؟ فقال : الخيار لمن اشترى ، ثلاثة أيام نظرة ، فإذا مضت ثلاثة أيام فقد وجب الشراء ، قلت له : أرأيت إن قبلها المشتري أو لأمس فقال : إذا قبل أو لأمس أو نظرفيها الى ما يحرم على غيره فقد انقضى الشرط ولزمته » الحديث. بل وصحيح الفضيل (١) قال للصادق عليه السلام : « ما الشرط في الحيوان ؟ فقال : ثلاثة أيام للمشتري ، قلت : وما الشرط في غير الحيوان ؟ فقال : البيعان بالخيار ما لم يفترقا » الحديث ، الذي يقرب منه في الصراحة بالعدول بالجواب في غير الحيوان ، والاقتران باللام المفيدة للاختصاص ، وظهور ارادة القيد من الوقوع في بيان السؤال ، فهو بمنزلة ما يذكر في الحدود والحصر بتعريف المبتدأ بناء على أن للمشتري خبراً ، أو كالجبر بالنسبة إلى ذلك ونحو خبر ابن اسباط (٢) « سمع الرضا عليه السلام يقول : الخيار في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري ، وفي غير الحيوان ان يفترقا » وإن لم يجتمع فيه جميع ما ذكرنا ، صحيح الحلبي (٣) « عن الصادق عليه السلام في الحيوان كله شرط ثلاثة أيام للمشتري ، وهو بالخيار فيها ان شرط فيها أولم يشترط » ، وصحيح ابن رثاب (٤) « عن الصادق عليه السلام الشرط في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري ، اشترط فيها أولم يشترط ، فان أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل الثلاثة أيام فذلك رضا منه ، فلا شرط ، قيل له : وما الحدث ؟ قال : إن لأمس أو قبل أو نظر منها إلى ما يحرم عليه قبل الشراء » وسمع الحسن بن علي بن فضال

(١) الوسائل الباب ١ من أبواب الخيار الحديث ٣

(٢) الوسائل الباب ١ من أبواب الخيار الحديث ٥

(٣) الوسائل الباب ٣ من أبواب الخيار الحديث ١

(٤) الوسائل الباب ٤ من أبواب الخيار الحديث ١

في الموثق (١) «أبا الحسن علي بن موسى الرضا عليه السلام يقول : صاحب الحيوان المشتري بالخيار ثلاثة أيام .»

فمن الغريب ما في المسالك من الاقتصار في الاستدلال له على صحيح الحلبي (٢) وقال : «انه لا يدل على نفيه عن البائع إلا من حيث المفهوم المخالف وهو ضعيف ، فالقول بما عليه المرتضى في غاية القوة ، إن لم يثبت الاجماع علي خلافه» وتبعه في هذا الميل الكاشاني وهو كما ترى ، مع انه لم نقف له على دليل سوى ما ادعاه من الاجماع الموهون بالتبعية لفتاوى من تقدمه كالنفيد والصدوقين ، ومن تأخر عنه المعارض بمثله صريحاً و ظاهراً ، وسوى صحيح محمد بن مسلم (٣) عن الصادق عليه السلام « المتبايعان بالخيار ثلاثة أيام في الحيوان ، وما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا » و صحيحه الآخر (٤) « عنه أيضاً قال رسول الله صلى الله عليه وآله : البيعان بالخيار حتى يفترقا وصاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيام » كصحيح زرارة (٥) عن الباقر عليه السلام مع أن المراد بصاحب الحيوان في الاخيرين المشتري ، بقرينة موثق ابن فضال (٦) الذي هو إن اريد منه بيان الموضوع أو التخصيص في الحكم كان كافياً في المطلوب ، ونافياً لأصل الدلالة فيهما على الأول ، الذي يمكن دعوى انه المنساق المتبادر ، إذ هو صاحب فعلاً ، على أنه لو اريد به الأعم ثبت لكل منهما الخيار ، متى كان أحد العوضين .

وهو مما لم يقل به أحد ، لان من صورته كون الثمن للبدار مثلاً حيواناً ولا خيار فيها للمشتري قطعاً ، كما ان العدول في الجواب فيهما صريح أو

(١) و(٢) و(٣) الوسائل - الباب ٣ - من أبواب الخيار الحديث ٢-١-٣

(٢) الوسائل الباب ١ - من أبواب الخيار الحديث ١

(٥) و(٦) الوسائل الباب ٣ - من أبواب الخيار الحديث ٦-٢

كالصريح في ارادة احدهما من صاحب ، وتخصيصه بالبايع فيما إذا كان المبيع حيواناً مما لم يقل به احد ، فوجب ارادة المشتري منه ، فانحصر الدليل في الصحيح الأول (١) القاصر عن معارضة ما عرفت من وجوه ، بل ربما احتمل فيه بقرينة إتحاد الراوي والمروى عنه للصحيح الذي بعده ، انه نقل من الراوي بالمعنى ، بزعم الموافقة ؛ واحتمل فيه ايضاً ارادة الخيار لمجموعهما الصادق بالمشتري خاصة ، أو أن الخيار للمشتري وعلى البايع فهو لهما أو نحو ذلك من الاحتمالات البعيدة التي لا بأس بها بعد القصور عن المعارضة ، وانها أولى من الطرح .

نعم احتمل الفاضل تنزيله على ما اذا كان كل من الثمن و الثمن حيواناً ، وكأنه علق قوله في الحيوان فيه بالمبتدأ ، وهو مبنى على ثبوت الخيار لهما في هذه الصورة ، وعده في جامع المقاصد ثالث الأقوال ، ونفى عنه البعد لما فيه من الجمع ، بل عن جماعة منهم الصيمرى اختياره لذلك ، ولائحد وجه الحكمة في ثبوت هذا الخيار للمشتري ، وهي خفاء حال الحيوان المحتاج إلى ضرب هذه المدة ، وفيه بعد اعتبار التكافؤ في الجمع ، انه لا شاهد عليه في اللفظ ولا من خارج ، وقاعدة أولويته من الطرح غير ثابتة كما تحرر في الاصول ، والحكمة ما لم يكن منصوص علة أو تنقيح مناط لا يجوز اطرادها عندنا .

ومن ذلك كله يظهر لك ضعف ما احتمله الفاضل ايضاً من ثبوته لذي الحيوان مطلقاً ، فيشتركان فيه مع كون العوضين حيوانين ، ويختص به المشتري في بيع الحيوان بغيره ، ويختص به البايع في بيع غيره به ، وإن مال إليه أو توقف فيه في الرياض ، وقواء في الروضة ، واختاره في المسالك ، ومجمع البرهان و

الحقائق ، وعن غيرها ، إلا انه لا مستند له سوى الصحيح المزبور بعد التنزيل المذكور ، وإطلاق صاحب الحيوان في الصحيحين ، بناء على ارادة المنتقل اليه منه ، لا ما كان صاحبه ، والاشتراك في وجه الحكمة ، وفي الجميع ما عرفت خصوصاً بعد غلبة كون الحيوان مقابل بغيره ، فصاحبه المشتري ، سيما ولا عموم معتد به في هذه الاضافة إذ ليست من إضافة المصدر . فتأمل جيداً .

ثم إن ابتداء الخيار من تمام العقد ، كما صرح به جماعة وهو ظاهر الباقيين ، لا من حين التفرق ، لتبادر الاتصال من النصوص (١) وانه كخيار المجلس ، بل هو متعين الارادة في كثير منها ، لعدم سبق غيره ، وبه ينقطع الاستصحاب والتأسيس مع انه خلاف وضع العقد غير لازم ؛ و الخيار واحد بالذات مختلف بالاعتبار ، فلا يجتمع المثلان وفائدته البقاء باحد الاعتبارين مع سقوط الآخر ، فلا يتداخل السببان والاسباب الشرعية معارفات لامؤثرات ، فلا استحالة في اجتماعهما كما اجتمعت في المجلس والعيب ، وخيار الرؤية باعتراف الخصم ، والبيع يتم بالايجاب والقبول على الأصح ، فلا يمتنع الخيار قبل التفرق ، وارتفاع الخيار المخصوص لا يقتضي اللزوم مطلقاً ، بل اللزوم اللازم من رفعه ، فيصح تعلقه بالجائز ، ولوقيل بالسببية في المجموع ، دون الجميع اندفع اكثر ذلك إلا انه خلاف الظاهر نصاً وفتوى ، ويلزمه سقوط الأثر بالكلية مع استمرار المجلس طول المدة ، وهو بعيد .

كما أن احتمال سقوط خيار المجلس في الحيوان ، لظهور بعض النصوص الجامعة بينهما في اختلاف موضوعهما بعيد ايضاً ، لظهور الفتاوى و جملة من النصوص في خلافه ، ويلزمه عدم الخيار بعد الثلاثة لوزاد المجلس عليها ، والبحث في ثبوته للوكيل نحو ما سمعته في خيار المجلس ، لكن من المعلوم هنا اختصاصه بالمالك ومن يوكله فيه ، كما ان من المعلوم ابتداءه في الفضولي

من حين الاجازة بناء على النقل ، أما على الكشف فان كانت بعد الثلاثة سقط ، وإلا ثبت فيما بقي منها والله أعلم .

﴿و﴾ كيف كان ف ﴿يسقط باشتراط سقوطه في العقد و بالتزامه بعده ﴾
لما تقدم في خيار المجلس ﴿ و بإحداثه فيه حدثاً ، كوطي الامة وقطع الثوب
وبصرفه فيه سواء كان تصرفاً لازماً كالبيع أولم يكن كالهبة قبل القبض والوصية ﴾
لصحيح ابن رثاب السابقين (١) ومكاتبة الصفار (٢) إلى أبي محمد عليه السلام ، في
الرجل اشترى من رجل دابة فأحدث فيها حدثاً من اخذ الحافر أو أنعلها أو
ركب ظهرها فراسخ، أله أن يردّها في الثلاثة الأيام التي له فيها الخيار بعد
الحدث الذي يحدث فيها أو الركوب الذي يركبها ؟ فوقع عليه السلام إذا أحدث
فيها حدثاً فقد وجب الشراء انشاء الله « وصرح جماعة بل لاخلاف فيه يعرف
بينهم أنه لا فرق بين الناقل وغيره ، لصدق اسم الحدث ، و ذكر بعض
أفراد العام أو المطلق للتمثيل لا يقضي بالتخصيص والتقيد لهما ؛ سيما إذا كان
في كلام السائل كالمكاتبة ، والمناقشة بظهور صحيح ابن رثاب فسي اختصاص
الحدث بما لا يشمل التصرف الناقل إذا المثل إنما هو لما مائله ضعيفة ، ضرورة
أن ذلك وإن لم يكن من صنف المذكور ، ولكنه أولى قطعاً ؛ نعم قد يظهر من
بعض النصوص الآتية في خيار الشرط (٣) عدم دلالة مثل ذلك على الرضا ولذا
اشترط على المتصرف الذي له الخيار أن يستوجب البيع أولاً ، لكن لم أجد عاملاً
بها ، فهي بالنسبة إلى ذلك شاذة .

وعلى كل حال فقد قيل أن الظاهر من صحيح الرضا (٤) الذي هو كالتعليل

(١) الوسائل الباب ٤ من أبواب الخيار الحديث ١ و٢

(٢) الوسائل الباب ٤ من أبواب الخيار الحديث ٢

(٣) الوسائل الباب ١٢ من أبواب الخيار الحديث ١-٢

(٤) الوسائل الباب ٢ من أبواب الحار الحديث ١ .

كون المناخ حصول الرضا بسببه ، فلو علم انتفاؤه وان قصده بالحدث اختباره أو غيره ، بقي خياره ، ولعله لذا قيده بعض الأفاضل بما إذا لم يكن للاختبار ونحوه ويؤيده الأصل ، والاطلاقات و بعض النصوص ، كالخبرين أحدهما الصحيح (١) «عن رجل اشترى شاة فأمسكها ثلاثة أيام ثم ردها ، قال : إن كان تلك الثلاثة أيام شرب لبنها ، ردمها ثلاثة أمداد ، وإن لم يكن لها لبن فليس عليه شيء » لكن عن بعضهم سقوط الخيار به أيضاً بل مال إليه في المسالك ، ولعله للاطلاق واردة التنزيل منزلة الرضا في السقوط شرعاً ، لأنه كاشف عنه ، وإلا لم يتم في مشكوك الحال فضلاً عن معلوم العدم ، اللهم إلا أن يقال أن الشرع كاشف عن العرف ، فيتبع فيما لم يعلم عدمه ، بل ذلك هو الموافق لأصلى الخيار وال لزوم ؛ وستسمع إنشاء الله تمام البحث فيه من الأحكام .

ويسقط أيضاً بانقضاء المدة وهي ثلاثة أيام كما عرفت قال ، بعض الأفاضل : بلياليها تحقيقاً ، لانه الأصل في التحديد و الظاهر دخول الليلتين أصالة ، فتدخل الثالثة ، وإلا اختلف معنى الاحاد في استعمال واحد ، وفيه نظر ، لان الظاهر دخول الليلتين المتوسعتين في الحكم ، دون الاسم ، إذ ليس اليوم لغة وشرعاً و عرفاً إلا البياض المقابل لليل ، الا أنه لما فهم اتصال الخيار بالعقد في جميع أزمته وقوعه ليلاً أو نهاراً إلى أن يتحقق مصداق مضي ثلاثة أيام ، دخل الليلتان وغيرهما ، بل الظاهر دخول المنكسر من اليوم كذلك أيضاً . فاذا وقع العقد مثلاً ظهر يوم الخميس ، فالخيار متصل إلى أن يتحقق مصداق مضي ثلاثة أيام ، ولا يكون ذلك إلا بانتهاء يوم الأحد ، وهو غروب الشمس منه ، ولو وقع في أول ليلة الخميس مثلاً ، فالخيار فيه إلى مضي الثلاثة ، فتدخل الليلة في الحكم لا في اسم اليوم .

بل هذا كاديكون صريح قوله ﷺ في صحيح ابن رثاب (١) «فاذا مضت ثلاثة أيام فقد وجب البيع» إذ مفهومه ان العقد على الخيار إن لم تمض ، فالمنكسر في النهار والليل حينئذ داخلان في حكم البقاء على الخيار إلى حصول الغاية ، لا في مفهوم الأيام المنافي للغة والشرع والعرف ، كدعوى صدق اليوم على الملقق من يوم آخر او من الليل المنافية للثلاثة أيضاً ، وحينئذ فالخيار في الزيادة على الأيام الثلاثة مستفاد من دليل الخيار بالتقريب الذي ذكرناه - فتأمل جيداً فإنه دقيق نافع في كثير من المقامات لم أجد من تنبه له ، مع أنه بالتأمل في المقام وغيره يمكن القطع به لمن رزقه الله تعالى اعتدال الذهن.

نعم لا اشكال في ثبوت مشروعية التلفيق في الجملة ، ضرورة أن الكسر كما يكون في الأيام ، يكون في الشهور والسنين ، وفي غير واحد من النصوص (٢) في قوله تعالى (٣) «لراءة من الله ورسوله الى قوله فسيحو في الأرض أربعة أشهر» قال : فهذه أشهر السياحة عشرون من ذى الحجة والمعمر وصفر وشهر ربيع الأول وعشر من ربيع الآخر وهو كالصريح في التلفيق في الأشهر ، بل وانه يجبر الاولين من الاخر وان ذلك كله مصداق أربعة أشهر فتأمل جيداً والله العالم ، ولا يسقط هذا الخيار بالتبري من العيوب ، وإن كان الحكمة في شرعه خفاء العيب غالباً ، إلا أنه لا يجب انعكاسها .

ويعم هذا الخيار كل حيوان الصامت والناطق من لا ينعتق عليه ، على ما سمعته في خيار المجلس ، وفي اشتراط استقرار الحياة في صحة البيع وثبوت الخيار وجهان ، أشبههما بعدم ، ويثبت في حيوان البحر وان اخرج من المامو اشترطنا امكان البقاء ، لا امكان عوده إلى ما يعيش فيه ، فلو تركه المشتري على الجدد حتى مات فلا ضمان على البائع ، لانه هو الذي اتلفه ، والله اعلم .

(١) الوسائل الباب ٣ من ابواب الخيار الحديث ٩

(٢) تفسير برهان جلد ٢ ص ١٠١ الطبع الحديث

(٣) سورة البرائة الآية ١ -

القسم الثالث = خيار الشرط

﴿ خيار الشرط ﴾ بالضرورة بين علماء المذهب ، و الكتاب والسنة عموماً ، و خصوصاً في بعض أفرادها ، ولا يقدح منافاته لمقتضى اطلاق العقد ، كما في كل شرط ؛ و دعوى أن اللزوم من مقتضياته ، لا مقتضى إطلاقه - يدفعها مشروعيتها بأسبابه ؛ ولو أنه كذلك لم يشرع اصلاً كالمملك بالنسبة الى البيع كما هو واضح ، ﴿ و ﴾ حينئذ ﴿ هو ﴾ عندنا ﴿ بحسب ما يشترطانه أو أحدهما ﴾ لا يتقدر بمدة مخصوصة ، خلافاً للشافعي و ابي حنيفة ، فلم يجوزوا اشتراط أزيد من ثلاثة ، و لا يعتبر فيها الاتصال بالعقد ، كما هو صريح بعض وظاهر اطلاق آخرين ؛ للعموم ، خلافاً لما عن بعض العامة فمنعه ، واحتمله الفاضل تفادياً من انقلاب اللازم جائزاً ؛ وفيه انه جائز و واقع في خيار التأخير وغيره ، ومتى جاز الانفصال جاز التعاقب لعموم المقتضى ، لكن في المسالك احتمال العدم بعد قطعه بجواز الانفصال ، ولعله لاستظهار الاتحاد من الاطلاق ، وفيه منع واضح . ولو شرط الخيار شهراً يوماً ، و يوماً ، صح بناء على ارادة خمسة عشر من الشهر العددي ، كما عساه المنساق من العبارة ، ومع التصريح بذلك لا إشكال في الصحة ، و اليوم المتصل بالعقد أول الايام ، فظهر أن المصاد على الشرط .

﴿ لكن يجب أن يكون ﴾ ما يشترطانه من مدة الخيار ﴿ مدة مضبوطة ﴾ لذا ﴿ لا يجوز أن يناط بما يحتمل الزيادة والنقصان كقيدوم الحاج ﴾ ونحوه قولاً واحداً ، للفرق حتى في الثمن لأن له قسطاً منه ، فيدخل فيما نهى النبي ﷺ (١) فاشتراطه مخالف للسنة ، ومادل على وجوب اتباعها من الكتاب (٢) على أن مشروعية

(١) الوسائل الباب ٤٠ من ابواب آداب التجاره الحديث ٣ الدعائم ج ٢ ص ١٩

(٢) الوسائل الباب ٤ من ابواب الخيار الحديث ١ - ٥ الجواهر ٤

العقود لقطع الاختلاف فلا تناط بما هو مثاره.

﴿ولو شرط كذلك بطل البيع﴾ أيضاً لا الشرط خاصة ، كما استسمعه فيما يأتي انشاء الله تعالى محرراً ، أما لو أطلق اشتراط الخيار من غير ذكر مدة أصلاً ، فالمشهور بين المتقدمين الصحة ، والانصراف الى الثلاثة ، بل في الانتصار والغنية ومحكي الجواهر والخلاف الاجماع عليه ، بل في الاخير نسبته الى أخبار الفرقه أيضاً ، وإن كنالم نقف على شيء منها فيما وصل اليانمن النصوص ، سوى ما قيل من فحوى قوله عليه السلام في الصحيح السابق (١) «الشرط في الحيوان ثلاثة للمشتري اشتراط أولم يشترط» فانه يدل بالفحوى على أن الشرط في غيره ثلاثة مع اشتراط الخيار ، لا اشتراطها ، لعدم اختصاصه بها اذ ضرورة صحة اشتراط أي عدد ، فالمختص به - حينئذ - إطلاق اشتراط الخيار وفيه ما فيه ،

و النبوين (٢) «الخيار ثلاث» قال : لا خلا به ولك الخيار ثلاثا وهما - مع انهما من غير طرقنا - لادلالة فيها ، لما في التذكرة من أن قول لا خلا به عبارة في الشرع عن اشتراط الخيار ثلاثا فاطلاقها مع العلم بمعناها كالتصريح ، الا أن ارسال الشيخ الأخبار المزبورة لا تقصر عن المراسيل في كتب الحديث التي من المعلوم عدم بنائها على الاستقصاء التام ، فعدم الوجود فيها غير دال على العدم ، فهي حينئذ مع الاجماعات المزبورة كافية في اثبات المطلوب ، سيما مع عدم الموهن لها بين المتأخرين فضلاً عن غيرهم ، اذ لم نعرف مصرحاً بالبطلان بعد الشيخ في أحد قولي الا الفاضل وثنائي الشهيدان والصيمري فيما حكى عنه .

نعم نسب الى المرتضى وظاهر الديلمي ، والمعلوم من الاول خلافه ، وعبارة المتن كاللمعة والنافع والوسيلة ومحكي التحرير لادلالة فيها ، لأن اشتراط التعيين

(١) الوسائل الباب ٣ من ابواب الخيار الحديث ١

(٢) سنن البيهقي ج ٥ ص ٢٧٣

فى المدة غير اشتراط المدة المعينة ، ولذا لم يشرفى شيء منها الى الخلاف ، مع أن الغالب فى بعضها الاشارة الى شواذ الاقوال فضلا عن مثل هذا .

فمن الغريب ما فى بعض المصنفات من حكاية القول المزبور على وجه يكون به من الشواذ ، على أنه ليس فى الأدلة ما ينابى فيه ، اذا قرر مندفع بتحديد الشرع وإن لم يعلم به المتعاقدان ، كخيار الحيوان الذى لا اشكال فى صحة العقد مع الجهل به أو بمدته من الزمان ، و من ذالك يعلم ما فى دعوى أولويته بالمنع ، من ذى المدة الغير المعينة ، كالتعليل بانه لو صح فاء ما أن يدوم الخيار وهو باطل بالاجماع أو يخص من غير مخصص ، إذ قد عرفت أن التخصيص بالثلاثة إما لانصراف الاطلاق عرفاً ، لكونها أقل مدة يتروى بها فى مثله والشرع كاشف ، أولتعيين الشارع ، و الشرط سبب لامناط كالأوصايا المبهمة ، و لذلك كله مال اليد فى الدروس بل جزم به العلامة الطباطبائي فى مصابحه وهو لا يخلوا من قوة .

﴿و﴾ كيف كان ف﴿لكل منهما أن يشترط الخيار لنفسه﴾ فى الكل والبعض المعين ﴿ولأجنبى﴾ متحداً أو متعدداً مع التعيين ، وإلا لم يجز للفرع ، كالتعيين فى المخير فيه ، فلا يكفى فى شيء منهما أحدهما ونحوه ﴿وله مع الاجنبى﴾ كذلك بلا خلاف أجده ، بل الاجماع بقسميه عليه ، للعموم ، لكن إن اتحد ذوالخيار فالامر اليه ، والإقدام الفاسخ ولو أجنبياً ، لعدم معارضة اختيار اللزوم له كما هو واضح . فما فى الوسيلة - من أن الخيار إن كان لهما واجتمعا على فسخ وإمضاء نفذ ، وإن لم يجتمعا بطل ، وإن كان لغيرهما ورضي نفذ البيع ، فإن لم يرض كان المبتاع بالخيار بين الفسخ والإمضاء - لا وجه له .

كما أن ما فى الدروس - من أنه يجوز اشتراطه لأجنبى منفرداً ولا اعتراض عليه و معهما أو مع أحدهما ، ولو خولف أمكن اعتبار فعله ، وإلا لم يكن لذكره فائدة - فى غير محله ، بل ينبغى الجزم بتقديم الفاسخ ولو لأجنبى كما ذكرناه ، واشتراط

الخيار للاجنبي خاصة تحكيم لاتوكيل وليس له الفسخ دونه ، الآن الظاهر وجوب اعتماد المصلحة لانه امين ، فلو بان الخلاف لم يمس الفسخ ، بل قد يقال : إن المناق عرفا من مثل ذلك ما يشبه التوكيل ، فيمكن احتمال مراعاة الاصلح لذلك ، بناء على اعتباره فيها ، كما أنه يعتبر فيه ايضاً غير ذلك مما يعتبر فيها من البلوغ والعقل ونحوهما ،

﴿ و ﴾ كذا ﴿ يجوز ﴾ لكل منهما ﴿ اشترط المؤامرة ﴾ اى الاستيمار بلا خلاف فيه بيننا ، بل الاجماع بقسميه عليه ، للعموم ، خلافا للشافعي (١) فى أحدقوله فيلزم العقد بامضاء المستأمر وسكوته اذا كان المراد منها اشترط الخيار له بأمره لانتفاء المشروط حينئذ بانتفاء شرطه ، والاصل في العقد اللزوم ، أمالو أمر بالفسخ فلا يتعين عليه امتثال أمره به قطعاً .

نعم له العمل به على ما هو مقتضى الشرط ، و ليس له الفسخ قبل أمره به ، لعدم حصول الشرط فما عن التحرير - كما عن أحد قولى الشافعية من جواز الرد من غير أن يستأمر لانه ذكر الاستيمار احتياطاً - واضح البطلان ، بل عن الاول التصريح فيه بعد ذلك بالمنع من الرد قبله ، ولذا حمله بعض الافاضل على ما إذا حصل الامر بالفسخ قبل الاستيمار^٧ ، خلافا لظاهر المبسوط والخلاف والتذكرة وكنز الفوائد و تعليق الارشاد والمسالك على ما حكى عن بعضها ، فينتفى لانتفاء الشرط ، لكن يمكن تنزيل عباراتهم على الغالب من قرب الامر على الاستيمار ولا بأس به ، ولا بد من ضبط مدة الاستيمار ، كما هو صريح جماعة ؛ و ظاهر آخرين تعزراً من الغرر ، خلافا للمحكي عن المبسوط والخلاف وأحد قولى الشافعي ، فيثبت على التأيد مع انتفاء التحديد وهو كما ترى .

ولا ينصرف الاطلاق هنا الى الثلاثة التى خيارها ، متصل بالعقد ، بخلاف خيار

المؤامرة الذي لا يحصل إلا بعد الأمر ، و صرف إطلاق الخيار إليها لا يقتضى كونها ظرفاً لشرائط الخيار قطعاً ، إذ لا تزيد على خيار الحيوان ولا يشترط تعيين المستأمر لعدم الفرق فيه ، بخلاف الخيار للأجنبي ، وبذلك - وعدم الخيار للمستأمر بالفتح وإنما له الأمر به - افترقت المؤامرة عن اشتراط الخيار للأجنبي ، فيصح إناطة الأول بأمر أحد الرجلين دون الثاني ، ومع الاختلاف يقدم الفاسخ ، وفي المتحد إذا اختلف رأيه في المدة يحتمل ذلك مطلقاً أو بشرط التأخر ، والاخذ بالمقدم مطلقاً والمؤخر كذلك ، وقد اختار بعض الاساطين الثاني . هذا كله بناء على معلومية ارادة ما عرفت من اشتراط الاستيمار ، أما إذا أريد منه غير ذلك من المشاورة . وإجالة الراي معه ، لا اتباع أمره أو نحو ذلك ، اتبع عملاً بالشرط ، ولعل إطلاق اشتراط الاستيمار ظاهر فيما ذكره الاصحاب ، والأمر سهل بعد توضيح المأخذ ، لعدم خروج المؤامرة بنص مخصوص ، فالمرجع في المراد منها إلى ما يرجع إليه في غيرها من العرف واللفظ ، بل استقصاء البحث فيها ليس من وظائف الفقيه .

﴿ و ﴾ كذا يجوز ﴿ اشتراط ﴾ الخيار مدة معينة - لا مجهولة ولا مطلقة ، بل إطلاق الخيار هنا لا ينصرف إلى الثلاثة كما سمعته في المؤامرة . نعم لا يعتبر فيها الاتصال وإن انصرف إليه عند الإطلاق - وإن كان الخيار فيها بشرط ﴿ أن يرد البائع فيها ﴾ بالثمن ﴿ و يرجع بالمبيع انشاء ﴾ مطلقاً أو موزعاً عليها نجوماً ، متساوية أو مختلفة مع اشتراط الخيار بنسبة الرد وبدونه ، وإن كان إذا اطلق توقف على رد الجميع اجمعاً في أصل المسئلة بقسميه .

وتوصوا عموماً وخصوصاً (١) فيه الصحيح وغيره ولا يقدح لفظ الوعد في سؤال الأول بعد أن كان الجواب أرى أنه لك إن لم يفعل ، أي يرد الثمن ، وإن جاء بالمال للوقت فرد عليه قال فيه : قلت لا يبيع الله ﷻ . (٢) أنا نخالط أناساً من

اهل السواد وغيرهم فنيبيعهم فنربح عليهم العشرة باثنى عشر أو العشرة بثلاثة عشر ، ونوجب ذلك فيما بيننا وبينهم السنة ونحوها ، فيكتب انا الرجل على داره أو على أرضه بذلك الذي فيه الفضل الذي اخذ منا بشراء وقد باع وقبض الثمن منه ، فبعده إن هوجاء بالمال الى وقت بيننا وبينه أن نرد عليه الشراء ، فإن جاء الوقت ولم يئتنا بالدرهم فهو لنا ، فماتري في الشراء ، فقال : أرى أنه لك إن لم يفعل ، وإن جاء بالمال للوقت فرده عليه . وفي موثق إسحاق بن عمار (١) « حدثني من سمع أبا عبد الله عليه السلام قال : سأله رجل وأنا عنده فقال له : رجل مسلم احتاج الى بيع داره فمضى الى اخيه فقال : أبيعك دارى هذه ، وتكون لك أحب الى من أن تكون لغيرك على أن تشتري لي إن أنا جئتك بثمانى الى سنة أن تردها على ؟ قال : لا بأس بهذا ، إن جاء بثمانى الى سنة ردها عليه ، قلت : فإنها كانت فيها نخل كثير فأخذ الغلة لمن تكون الغلة ؟ فقال : الغلة للمشتري ، ألا تري لو احترقت كانت من ماله » الى غير ذلك من النصوص ، ونحوه اشترط المشتري رد الثمن برد المبيع فى مدة معلومة ، لعموم المقتضى ، فأكل منها حينئذ ذلك ؛ إنحدث المدة أو اختلفت ، كما ان لكل منهما اشترط الرجوع فى الكل برد الكل أو البعض ، وفى البعض برد البعض الخاص وما دونه ، ولو اشترط الكل أو اطلق الرد لم يتخير برد البعض وإن قل الباقي ، ولو اشترط البعض تخير برده كما لا دون البعض منه ، واللزوم من أحد هما لا ينافيه الجواز للآخر .

لكن قد يظهر من النصوص وجملة من العبارات عدم احتياج الانفساخ إلى أزيد من الرد ، وهو إما لانه المشروط ، أو لان به يحصل اختيار الفسخ ، وفى الاول أن القدرة إنما تتعلق بالفسخ دون الانفساخ . فلا يصلح اشتراطه الا بواسطته ، اللهم إلا أن يستند فى الجواز الى ظاهر صحيح سعيد بن يسار (٢) وخبر معاوية بن ميسرة (٣) وموثق اسحاق (٤) مؤيدا بعموم « المؤمنون عند شروطهم » (٥) القاضى بصحة مالم

(١) الوسائل الباب ٨ من ابواب الخيار الحديث ١

(٢) الوسائل الباب ٧ من الخيار الحديث ١

(٣) و (٤) الوسائل الباب ٨ من ابواب الخيار الحديث ١ و ٣

(٥) الوسائل الباب ٢٠ من ابواب المهور الحديث ٢

يعلم فساد من الشرائط ، وأن الشرط بنفسه من المؤثرات لذلك ، ونحوه مما يؤثر غيره إلا أن يعلم عدم ، كالنكاح والطلاق ونحوهما ، بل هو لا يزيد على اشتراط انتقال مدين مخصوصة من غير ناقل عداه .

نعم هو مبني على أن المشروط هو الانفساخ لا الخيار ، كما هو ظاهر أكثر الاصحاب إذ هذا القسم المسمى عندهم ببيع الشرط ، وهو عندهم ما اشترط فيه الخيار بعد الرد - فالذي يحصل به حينئذ التسلط على الفسخ ، لا الانفساخ . نعم قد يقال : بعدم معلومية عدم توقف الفسخ على لفظ مخصوص بل يكفي فيه كل ما دل عليه من فعل أو قول - أنه دال عليه ويحصل به ، والغالب دلالة عليه فيحصل به الفسخ ، و على هذا ينزل اطلاق النصوص وبعض الفتاوى ؛ وفيه منع دلالة عليه ، وإنما هو دال على ارادة الفسخ والعزم عليه لا انشاء الفسخ به خصوصاً اذا حصل الرد تدريجاً ، والذي يؤثر الفسخ الثاني لا الاول.

ومن هنا صرح بعضهم بعدم الانقطاع البيع بمجرد رد الثمن ، بل قيل : انه ظاهر كلام الباقيين ، واطلاق النصوص و بعض الفتاوى يمكن تنزيله على الغالب من تعقيب الرد بالفسخ ، لا على ذلك ، إلا أن الانصاف عدم خلوه عن النظر بعد ، إذ من المحتمل كون المراد من اشتراط الخيار بالرد أن له الفسخ في هذه المدة بهذا الطريق منه ، والا كان ابتداء الخيار مجهولاً فيكفي حينئذ في حصول الفسخ نفس الرد فتأمل جيداً . وعلى كل حال فالظاهر أنه لا فرق في الاحتياج إلى الفسخ بين القول بانتقال المبيع بنفس العقد ، والقول بانتقاله بمضى الخيار معه ، بناء على شمول كلامهم لمثل هذا الخيار المسبوق باللزوم ، إذا العقد عندهم وإن لم يكن نافلاً من حينه ، إلا أنه يفيد الملك إذا انقضى زمن الخيار فمع عدم فسخه لا يستقر ملك ذي الخيار عليه ، فهو لا بد منه على القوانين وإن اختلفا بكونه على الاول لعود الملك و ، على الثاني لاستقراره ، نعم قد يتوقف في اندراج هذا الخيار في كلامهم بمسبوقيته باللزوم . وانتقاله

- بمجرد جهة الرد عن المشتري الى البايع وإن لم يحصل به الفسخ، وإتمام حصل به الخيار خاصة من غير ناقل شرعاً - لا يخلوا من اشكال ، ومن هنا امكن أن يقال : بأن النماء هنا للمشتري الى حين الفسخ مطلقا على القولين ، لانه ملكه . والتزام عوده الى البايع بالخيار على الثاني ، و عدم انتقال خصوص النماء للمشتري ما بين الرد الى حين الفسخ وإن لم ينتقل الاصل الى البايع الابنه - كما ترى .

وكما أن النماء له فالتلف منه بلا خلاف اجده فيه، للصحيح (١) والموثق (٢)

بل هو كذلك وان كان بعد الرد الا انه مضمون عليه ، لانه وقع في زمن خيار البايع فله حينئذ الفسخ ثم الرجوع عليه بالمثل أو القيمة ، بخلاف التلف قبل الرد الذي هو ليس زمان خيار ، كى يستحق الرجوع به عليه بعد الفسخ ، بل المتجه فيه سقوط الخيار ؛ الا ان يشترط عليه الرجوع به عينا أو قيمة ، فيلزم بناء على صحة هذا الشرط ، وبدونه لا يلتزم حتى لو تصرف فيه باختياره تصرفا ناقلا، فضلا عن التلف السماوى ، للاصل، وظاهر الصحيح والموثق .

وكيف كان فمورد النص نماء المبيع وتلفه اذا كان الخيار للبائع ، لكن يعلم منه حكم نماء الثمن وتلفه في هذه الصورة ، وحكم نماء العوضين وتلفهما اذا كان للمشتري ويسقط هذا الخيار بانقضاء المدة ولما يحصل الرد والايجاب عن ذى الخيار ، و التصرف والاذن فيه كما فى مطلق خيار الشرط على ما ستعرف انشاء الله تعالى عند تعرض المصنف ، فانه نوع منه ، وإنما يفاير في زيادة قيد الرد ، فلا يخالفه الا فيما يقتضيه القيد وقد يستظهر عدم سقوط هذا القسم من خيار الشرط بالتصرف ، لان المدار عليه في هذا الخيار ، ولانه شرع لا تنفع البايع بالثمن ، والمشتري بالمبيع فلو سقط به سقطت الفائدة في وضعه .

وللموثق (٣) المفروض في بيع الدار لاحتياج البايع الى الثمن المصرح فيه

(١) (٢) الوسائل الباب ٨ من ابواب الخيار الحديث ١ بطريقين .

٣ - الوسائل الباب ٨ من ابواب الخيار الحديث ١

بكون الغلة للمشتري و ردّ بأنه مع مخالفته لاطلاق النصوص السقوط بالتصرف لان المدار عليه - أن التصرف المسقط ما كان في زمن الخيار وهو لا يحصل هنا الا بعد الرد ولاينا في شيء مما ذكر لزومه به بعده ، لان ذلك ، زمنه لاقبله . وإن كان قادرا على ايجاد سببه فيه ، اذ المدار على الفعل لا القوة ، على انها لاتم فيما اشترط فيه الرد في وقت منفصل عن العقد ، كيوم بعد سنة .

ولافرق على الظاهر في التصرف في المردود بين كونه عين مال المشتري مثلاً ، و بين كونه مثلاً أو قيمته ، لصدق الرد ، دلالة التصرف فيه بعده على الالتزام شرعاً أو عرفاً على الوجهين السابقين ، وقد يحتمل في الاخيرين العدم ، لعدم صدق التصرف فيه ، ضرورة تغاير البديل للأصل ، الآن الاول اقوى ، هذا .

ولكن قد ينشأ قس في دعوى أن زمن الخيار بعد الرد ، باقتضاءها جهالة الابتداء حينئذ اولاً ، وبصدق زمن الخيار عليها جميعها عرفاً ، ثانياً ، وبمناقاتها لما تسمعه منهم في غير مرة من جعل هذه المدة زمن خيار ، ثالثاً ، منها - ما اعتمدوه في رد قول الشيخ بالملك بعد انقضاء الخيار ، بهذه النصوص (١) المصرحة بان المبيع ملك المشتري والتمن ملك البايع قبل انقضاء مدة الخيار ، فلولوا انها مدة خيار ما اتجه لهم ذلك الاعلى تكلف بعيد ؛ فلاحظ وتأمل .

ثم ان المعتبر في رد المبيع رد العين مع الاطلاق ، بخلاف الثمن الذي مبنى هذا النوع على التصرف فيه غالباً ، فيكفي فيه المثل ، بل قد يحتمل ذلك في المبيع اذا كان مثلياً لصدق الرد عرفاً ، ولا اعتبار بالقيمة في زوات الامثال ، نعم قد يحتمل الاكتفاء بهامطلقاً في خصوص الثمن ، لكن يقوى اعتبار رد العين نفسها الا أن تقوم قرينة معتبرة على ارادة ااعم فتتبع ، هذا .

واعلم أن جميع ما ذكرناه في خيار المؤامرة والخيار برد الثمن جرياً على

ما ذكره الاصحاب ، وظاهرهم أنها على مقتضى العمومات ، بل هو صريح غير واحد منهم ، بل هو مقتضى ما ذكره من التمدى عن محل النص في الخيار برد الثمن ، لكن قد يشكل ذلك بانهما معاً من التعليق الممنوع في البيع ونحوه ، من غير فرق فد يبين كونه في نفس العقد ، وبين كونه في متعلق العقد كالشرط ونحوه ، فلو باع واشترط شرطاً مثلاً قد علقه على مجيئ زيد في مدة معينة مثلاً ، لم يجز بلا خلاف أجده فيه والفرق بينه وبين تعليق الخيار على رد الثمن أو على أمر زيد به غير واضح ، والتعبير بعبارة لا تعليق فيها في اللفظ ؛ لا يرفع التعليق في المعنى ، فان اشتراط الخيار حال رد الثمن أو حال أمر زيد به كاشتراطه حال قدوم الحاج أو مجيئ زيد في مدة معينة مثلاً .

فالتحقيق حينئذ لاقتصار في خيار الرد على النصوص ، وما يمكن إلحاقه بما فيها ، وأما خيار المؤامرة فلم نجد فيه نصاً بالخصوص ، فان كان اجماعاً فذاك والاشكل بما ذكرناه إلا اذا فرض على وجه لا تعليق فيه والله اعلم .

﴿ القسم الرابع ﴾

﴿ خيار الغبن ﴾ بلا خلاف أجده فيه بين من تعرض له ، عدا ما يحكى عن المصنف من انكاره في حلقة درسه ، والموجود في كتابه خلاف هذه الحكاية ، واستظهره في الدروس من كلام الاسكافي ، لان البيع مبني على المغالبة ، ولا ريب في ضعفه ، بل في التذكرة نسبته الى علمائنا ، وفي الغنية الاجماع عليه ، وهو بعد التتبع الحجة مضافا الى ما قيل من النهي عن أكل مال الغير « إلا أن تكون تجارة عن تراض » في الكتاب (١) والسنة (٢) والنصوص « غبن المسترسل سحت » كما في احدها (٣) « والمؤمن » في آخر (٤) وفي ثالث « لا يغبن »

(١) سورة النساء الآية ٢٩

(٢) الوسائل الباب ٣ من أبواب مكان المصلي الحديث ١-٣

(٣) الوسائل الباب ١٧ من أبواب الخيار الحديث ١

(٤) الوسائل الباب ١٧ من أبواب الخيار الحديث ٢

المسترسل فإن نخبه لا يحل» (١) وما ورد من النهي عن تلقي الركبان وأنهم مخيرون إذا غبنوا (٢) وخبر الضرار (٣)

وفي الجديع نظر، ضرورة حصول التراضي، والا كانت المعاملة باطلة، لأن فيها الخيار، وعدمه على تقدير العلم لو سلم؛ لا ينافي الرضا الفعلي الذي عليه المدار، وإن كان الداعي له الجهل، والمراد من النصوص المزبورة، كراهة خدع المؤمن المطمئن اليك اللواتق، وزيادة الربح عليه، وعن مجمع البحرين «الاسترسال: الاستيناس والطمأنينة إلى الإنسان والثقة فيما يحدثه، واصله السكون والثبات ومنه الحديث» إلى آخره

علي أن مقتضى الحكم بانه سحت البطلان، لا الخيار، كما أن مقتضى عدم الحل الاثم، بل ما ثبت من الخيار عند الاصحاب أعم مما فيه الغبن بمعنى الخدع، وخبر الركبان لم تقف عليه في كتب الاصول، بل في الحدائق ولا في كتب الفروع، وإن كان فيه انه يكفي ارسالهم له، بل لعله أقوى من ذكر المتن، وفي الغنية «نهى ^{عن} تلقي الركبان» وقال «فإن تلقى متلق فصاحب السلعة بالخيار إذا دخل السوق» وحديث الضرار (٤) مع قطع النظر عن كلام الاصحاب لا يشخص الخيار بل لا يقتضي الا اثم ان اريد منه النهي.

نعم قد يستفاد منه المطلوب إذا اريد منه عدم مشروعية ما فيه ضرر، مضافاً إلى أصالة صحة البيع وحليته، وجبر كثير من محال الضرر بالخيار وقتوى الاصحاب وأن الخيار وجه جمع بين الحقين ورافع للضرر من الجانبين، بخلاف الالتزام بالارش ونحوه، والامر سهل بعد ما عرفت من الاجماع المزبور، نعم يشترط فيه أمران أحدهما - جهل المغبون القيمة وقت العقد بخلاف، ضرورة تسلط الناس على اموالهم (٥) فله أن يقدم على بيع ما يساوي مائة بواحد، فمع العلم والاقدام لا خيار قطعاً، كحدوث الزيادة والنقيصة بعده، وفي التذكرة والمسالك الاجماع عليه، بل في الثاني منهما وغيره التصريح بعدم الفرق بين

(١) الوسائل الباب ٢ من ابواب آداب التجارة الحديث ٧

(٢) المستدرک ج ٢ ص ٢٦٩ كنز العمال ج ٢ ص ٣٠٦

(٣) (٢) الوسائل الباب ١٧ من ابواب الخيار الحديث ٣ و ٥

(٥) البحار ج ٢ ص ٢٧٢ الطبع الحديث

من تمكن من المعرفة ولو بالتوقف وغيره، لكن قد يشكل الاول إن لم يكن اجماعاً بأنه هو أدخل الضرر على نفسه فلا خيار له، كمن أقدم على البيع بالمسمى وإن فرض مساواته أضعافه، فإن الظاهر عدم الاعتبار بجبله والأصل للزوم فتأمل.

ومن الجاهل الناسي كحدوث القيمة للمبيع ولما يعلم بها ويقبل قوله في الجبل مع إمكانه في حقه كما في الجامع وجامع المقاصد والمسالك لصالحة عدم العلم، ولأنه مما ينبغي ولا يعلم الا من قبله، واحتمل في الثاني عدم ، لصالحة لزوم العقد فيستحب الى ثبوت المزيل، وأشكله بأنه ربما تعذر إقامة البينة ولم يتمكن الخصم من معرفة الحال، فلا يمكنه الحلف على عدمه، فيسقط الدعوى بغير بينة ولا يمين، ثم قال: كالاول، نعم لو علم ممارسته لذلك النوع في ذلك الزمان والمكان بحيث لا يخفى عليه قيمته لم يلتفت الى قوله وهو كذلك ، اما النسيان فقد يقوى عدم قبوله بقوله .

الثاني - الزيادة والنقيصة التي لا يتسامح الناس بمثلها عادة فلا يقدح التفاوت اليسير، والمرجع في ذلك بعد ان لم يكن له مقدرفى الشرع الى العرف، وهو متعارف بالنسبة الى المكان والزمان ونحوهما . ولو اختلفا في القيمة وقت العقد فعلى مدعي الغبن البينة، لصالحة للزوم، والظاهر ثبوت خيار الغبن من اول العقد لاجل ظهوره، فلو اسقطه حاله سقط وإن لم يكن عالماً به؛ كما أن الظاهر كونه على التراخي ما لم يحصل ضرر على الآخر؛ للاصل خلافاً لبعضهم منهم ثاني المحققين والشهيدان مع أن الاخير منهما قد استوجه الأول في بحث تلقي الركبان بعد أن حكاه عن المصنف .

وكيف كان فلعل الفور اقتضاه على موضع اليقين ، ولاقتضاء التراخي الاضرار بالمرود عليه ، لتغير السعر بتغير الزمان ، ولان قوله تعالى «أو فوا بالعقود» (١) ونحوه مما يقتضى للزوم كما أنه عام في الافراد كذلك في الاوقات والاخلط عن الفائدة فلا يتصور حينئذ استصحاب في الخارج لبقاء غيره على مقتضى العام ، والاصل عدم تخصيصه .

وفيهِ عدم انحصار الحكم الشرعي في اثنين ، وقد عرفت تقييده بعدم الضرر ، والآية وغيرها مطابقة بالنسبة الى الزمان والامكان ، فلهذا الاستصحاب .

ومن ذلك كذلك ظهر لك المراد من قول المصنف - ﴿ من اشترى شيئاً ولم يكن من اهل الخبرة ﴾ مثلاً ، وظهر فيه غيب لم تجر العادة بالتعاقب به ، في مثل هذا البيع والزمان والمكان ، كان له فسخ العقد اذا شاء - ، ودليله ، أنه كما يثبت للمشتري يثبت للبائع ، لاتحاد الدليل بل لو فرض تصور الغيب فيهما كما إذا وقع البيع على شيئين في عقد واحد وكان كل منهما بشئ معين في احدهما الغيب علي البائع وفي الآخر على المشتري ثبت الخيار لهما معاً هذا . وربما استفيد من التعليق على المشيئة في المتن أنه على التراخي ، وقد عرفت الحال فيه والله اعلم .

﴿ ولا يسقط ذلك الخيار بالتصرف ﴾ السابق على ظهور الغيب ، اذا لم يخرج عن الملك أو يمنع مانع من رده كالاستيلاء في الأمة والعقود كما في القواعد وغيرها من غير فرق بين البائع والمشتري ، وإن كان المصنف لم يذكر الخيار الا للثاني ، إلا أن الظاهر ارادته المثال ضرورة عدم اختصاصه بالمشتري ، بل خبر تلقى الركبان في البائع (١) مضافا الى الاشتراك بحديث الضار (٢) وغيره .

وحينئذ فالمراد عدم سقوط هذا الخيار مطلقا بالتصرف الا الناقل والمانع من الرد ، كما أن الظاهر ارادة التصرف من ذي الخيار ، ضرورة عدم السقوط بالتصرف من غيره وإن كان ناقلاً ، للاستصحاب وحديث الضرر وغيره ، واحتمال عدم الفرق - فيبطل الخيار وإن كان النقل من غير ذي الخيار لتعلقه بالعين فيفوت بانتقالها - لا ينبغي صدوره ممن له ادنى خبرة بالنصوص والفتاوى .

نعم ظاهر هم عدم الفرق فيما ذكرنا بين البائع والمشتري كما هو مقتضى الدليل

(١) المستدرک ج ٢ ص ٢٦٩ كتر العمال ج ٢ ص ٣٠٦

(٢) الوسائل الباب ١٧ من أبواب الخيار الحديث ٣-٥ .

لكن في اللمعة « ولا يسقط بالتصرف الا ان يكون المغبون المشتري وقد اخرجه عن ملكه ؛ ثم قال : « فيه نظر ، للضرر مع الجهل بالغبن ، فيمكن القسح و الزامه بالقيمة أو المثل ، وكذا لو تلفت العين أو استولد الامة ، و ظاهره بل كاديكون صريح الروضة في اول كلامه عدم سقوط خيار البايع لو كان هو المغبون و قد تصرف فيه تصرفا مخرجا ، وهو كما ترى لا يعرف له وجه او لادبلا ، بل ولا موافقا .

نعم في جامع المقاصد « لو تصرف البايع في الثمن فهل يسقط خياره ام لا ؟ وهل يفرق بين التصرف المخرج عن الملك ، وغيره ؟ لأعلم في ذلك نصريحا » لكن في عبارة التذكرة ما يقتضي عموم سقوط الخيار هنا بالتصرف إذا كان مخرجا عن الملك ، فانه قال : « ولا يسقط هذا الخيار بتصرف المغبون ، للاستصحاب إلا أن يخرج عن الملك ببيع وعق و شبهه ، لعدم التمكن من استدراكه » هذا لفظه ، وهو شامل لما قلناه ، مع احتمال أن يريد به تصرف المشتري خاصة إذا كان هو المغبون ، لكن ما استدلل به بعينه قائم فيما ذكرناه

قلت : لا ينبغي التأمل في عدم الفرق كما هو مقتضى إطلاق القواعد وغير ها ، والادلة ، وصريح الروضة في آخرها والمسالك وغيرها ، بل الظاهر ضعف ما ذكره من النظر الذي قد اعترف في الروضة بأنه لم يقف على قائل به ، لاصالة اللزوم في العقد ، ولأن المعلوم من ثبوت الخيار مادامت العين على ملكه ، وقيام قيمتها مقامها في ذلك مع التصرف فيه محتاج الى الدليل ، و فرق واضح بين المقام و بين الانتقال الى القيمة لو كان المتصرف غير ذي الخيار الذي هو تصرف في حق غيره ، فيتجه الانتقال الى القيمة بخلاف المقام الذي كان التصرف فيه من ذي الحق ، فسقوطه في الحقيقة مستند الى فعله ، بخلاف الاول الذي مبناه معلومية عدم سقوط حق شخص بتصرف آخر ، فاطلاق الاصحاب حينئذ عدم السقوط بالتصرف الا المخرج منه في محله ، فتأمل جيدا .

وحاصل البحث في المسئلة وفروعها أن التصرف مع ثبوت الغبن إما أن يكون

في المبيع المغبون فيه أو في ثمنه أو فيهما ، ثم إما أن يخرج عن الملك ؛ أو يمنع من الرد مائع كالاستيلاء أو يرد على المنفعة خاضة كالأجارة ، أو يوجب تغير العين بالزيادة العينية كغرس الأرض ، أو الحكيمة كقصارة الثوب أو المشوبة كصبغه ، أو النقصان بعيب ونحوه ، أو بامتزاجها بمثلها بما يوجب الشرك بالمساوي أو الاجود أو الأردى أو بغيرها أو بهما على وجه الاضمحلال ، كالزيت يعمل صابوناً ، أو لا يوجب شيئاً من ذلك ، ثم إما أن يزول المانع من الرد قبل الحكم ببطالان الخيار أو بعده ، أو لا يزول ، والمغبون إما البايع ، أو المشتري ؛ أوهما ، فهذه أكثر أقسام المسئلة ، و مضروبها يزيد على مائتي مسألة و هي مما يعتم بها البلوى و حكمها غير مستوفى في كلامهم .

وجملة الكلام فيه أن المغبون إن كان هو البايع لم يسقط خياره بتصرف المشتري مطلقاً ، فإن فسخ ووجد العين باقية على ملكه لم تتغير تغيراً توجب زيادة القيمة ولا يمنع من ردها أخذها ، لعودها إلى ملكه بالفسخ ، بل وكذا إن وجدها متغيرة بصفة محضة كالطحن والقصارة ونحوهما ، لكن في المسالك « في استحقاق المشتري أجره عمله ، وجه قوي » وفي الروضة الجزم به بل قال فيها : « وإن زادت قيمة العين شاركه في الزيادة بنسبة القيمة » وفيه أن العمل قد وقع في ملكه فلا يستحق به عوضاً ، و زيادة القيمة إنما كانت بصفة راجعة إلى المال بنفسه ، وإن كانت بعمله فلا يستحق بها شركة . فمن الغريب جزمه بذلك خصوصاً بعد رجوعه بأجرة العمل كما هو واضح ، نعم إن كان التغير بصفة من جهة وعينا من أخرى كالصبغ صار شركاً بنسبته إذا فرض زيادته بذلك ، مع احتماله مطلقاً ، ولو كانت الزيادة عيناً محضة كالغرس أخذ المبيع وتخزين القلع بالارث والابقاء بالأجرة ، لأنه مقتضى الجمع بين الحقين ، إذا الوضع كان بحق ، ولورضى ببقائه بها واختار المشتري قلعه ، فالظاهر أنه لا ارش له بل كان عليه تسويته ، ولو كان زرعاً وجب ابقاؤه إلى أن يبلوغه بالأجرة ، وليس له

الفلح بالارش لان له امدأ ينتظر ، وإن وجدها ناقصة ففي الروضة « اخذها مجاناً كذلك انشاء » وفي المسالك « ان لم يكن النقص بفعل المشتري ، وإن كان بفعله فالظاهر انه كذلك » اي ياخذها مجاناً ولا شيء له ، لانه تصرف في ملكه تصرفاً مأذوناً فيه فلا يتعقبه ضمان.

وفيه أن النقصان بفعل الله أو بفعله كتلف العين وإبلاؤها فكما أنه لو فسخ ووجدها تالفة أو متلفة يرجع بالقيمة فكذا هنا ، واحتمال سقوط الخيار هنا مناف لا استصحابه والعين كالمضمونة في يد من لا خيار له لذى الخيار ، نحو العكس الذي ستسمع التصريح من الروضة بضمانها كالأمر بعضاً وإن كان من قبل الله تعالى ، وإن كان فيه ما فيه ، وإن وجدها ممتزجة بغيرها ففي الروضة والمسالك « انه إن كان بمساو أو أوردى صار شريكاً إن شاء ، وإن كان بأجود ، ففي سقوط خياره أو كونه شريكاً بنسبة القيمة أو الرجوع إلى الصلح أوجه ، وفي ثانيهما أن الثالث لا يخلو عن قوة ، لبقاء ماله و أصالة بقاء خياره » .

وفيه مضافاً الى عدم ذكر الارش اذا فرض النقص بالمزج بالأردى ، وعدم تقييد الشركة بنسبة القيمة ، أن الثاني هو الأقوى وأنه لا فرق بينه وبين المزج بالأردى ، لكن على معنى الشركة في الثمن لالعين ، للزوم الربا في الربوي بناء على عموم ذلك معاوضة ولعدم المعاملة بينهما والامتزاج أعم من ذلك كما هو واضح ، وكأن الأول مبني على سقوط الخيار بالتلف ولو كان من فعله ، وهو غريب.

ومنه يعلم ما في قوله فيهما أيضاً متصلاً: « ولو مزجه بغير الجنس بحيث لا يتميز فكالمعدومة » إن أراد بذلك سقوط الخيار ، فتأمل جيداً ، فانه يمكن إرادته سقوط الخيار في العين على معنى الانتقال الى المثل أو القيمة ، وإن وجدها منتقلة عن ملكه بعقد لازم كالبيع ونحوه ففي الروضة والمسالك و غيرهما ، رجع بالمثل أو القيمة ، و لعله للجمع بين ما يقتضى بقاء الخيار ، وعموم ما دل على صحة العقد ولزومه ، وهذا و

إن لم يذكر واغيره في المقام بل لا يخلوا عن قوة ، إلا أنه يمكن أن يتحصل من كلامهم في غيره وهو بيع من لا خيار له ، أن فيه وجوهاً آخر أيضاً .

منها - البطلان ، نظراً إلى أن حق الخيار كحق الرهانة لا يصح معه التصرف إلا بالاذن ، ومنها - الصحة لكن متزلة كالأصل ، لعدم زيادة القرع عليه ، وفيه قوة أيضاً ومنها - التفصيل بين العتق ونحوه وغيره ، فينفذ في الأول و ينتقل الى المثل والقيمة دون غيره ، ولتحري ذلك محل آخر ، كما أن ما فيهما أيضاً من أنه كذلك يرجع بالمثل او القيمة لو وجدها على ملكه مع عدم امكان ردها كالمستولدة ، يحتمل أيضاً احتمالاً آخر تقدم في بيع ام الولد ، وهوانه تنقل إليه لسبق حقه على الاستيلاء فلا يؤثر منعا . وكيف كان فاذا استمر المانع استمر السقوط ، وفي الروضة « وإن زال قبل الحكم بالعوض بأن رجعت إلى ملكه أو مات الولد اخذ العين مع احتمال العدم ، لبطلان حقه بالخروج فلا يعود ، ولو كان العود بعد الحكم بالعوض فقي رجوعه إلى العين وجهان ، من بطلان حقه من العين ، وكون العوض للحيلولة وقد زالت » وفيه أولاً أنه لا يعقل للحكم بالعوض بعد الفسخ معنى معتبر يترتب عليه ما ذكره ، بل المدار على حال الفسخ الذي به يتشخص ما للفاسخ من العين او المثل أو القيمة ، فلورجعت العين أو زال المانع قبله ، اتجه فيه ما ذكره مع احتمال الفرق بين الاستيلاء وغيره ، فيرجع العين فيه دون المبيع ونحوه . نعم يمكن الحاق فسخ البيع بالأقالة به ، لاما اذا تملكه جديداً بسبب آخر ، ومن ذلك يعلم الحال فيما لو رجعت أو زال المانع بعده ، ولعل الأقوى عدم الرجوع بالعين اذا فرض عودها الى الملك بسبب آخر ، و فسخ الخيار انما يقتضي ابطال ملكه لها بذلك السبب لا مطلقاً فتأمل جيداً .

وإن وجد العين منتقلة بخيار ففي الروضة والمسالك أيضاً « الزم بالفسخ ، فان امتنع فسخه الحاكم ، فان تعذر فسخه المغبون » وفيه أنه لا دليل على شيء من ذلك ، بل مقتضى كون الفسخ بالخيار ابطال المعاوضة الاولى ورجوع كل عوض الى صاحبه إن كان موجوداً وإلا

فبدله الانتقال الى القيمة وعدم الالتزام بالفسخ هنا ، ضرورة أنه حال الفسخ ينبغي انتقال شيء اليه في مقابلة ما رده من العوض وليس الا القيمة لا الا لزام بفسخ البيع ، ولعله لذا اطلق المصنف وغيره السقوط بالتصرف المخرج فتأمل جيداً .

وإن وجدها منقولة المنافع ففي الروضة والمسالك « جازله الفسخ وانتظار انقضاء المدة و يصير ملكه من حينه وليس له فسخ الاجارة ، وتظهر الفائدة في ملك ما لا يدخل في ملك المنفعة المنقولة من حمل وثمره واستخدام وعقود ونحوها » و على كل حال فليس له عوض المنفعة التي استوفاه المالك بالاجارة ، كما ان الظاهر وجوب رد العوض لو فسخ قبل انقضاء المدة لعود الملك اليه بالفسخ ، واحتمال العدم كما في المسالك لعدم التمكن من الانتفاع التام ضعيف ، ولو كان النقل جائزاً كالمسكني المطلقة ففي الروضة له الفسخ وفيه اشكال خصوصاً بناء على عدم جواز فسخ الاجارة الجائزة باشتراط خيار له اللهم إلا أن يكون مدار فسخ المسكني على من انتقل اليه الملك .

هذا كله إن لم يكن التصرف في الثمن تصرفاً مخرجاً أو مانعاً من الرد و الإسقاط خياره كما عرفت ، والنظر السابق الذي عرفت قد عرفت ما فيه آت هنا ، والظاهر أن الاتفاق أقوى من التصرف في الإسقاط عما كما اعترف به في جامع المقاصد قال : « اما التلّف بنفسه ففي سقوط الخيار تردد ، ينشأ من عدم التمكن من رد العين ، ومن عدم التقصير من المشتري فلا يسقط حقه » ومقتضى ما تسمعه من الروضة الجزم بعدم السقوط ، بل ظاهره ذلك مع الاتفاق ايضاً وأنه يرد المثل أو القيمة حينئذ ، ولكنه كما ترى ، ضرورة أن الوجه في السقوط بالتصرف المخرج عن الملك ليس الاعتذار بالرد الذي هو الاصل في اقتضاء الفسخ ، لا للدلالة على الرضاء والالم بفرق بين سائر التصرفات ، ولا ريب في أنه أقوى تمعناً من التصرف ، بل لعله كذلك ايضاً بالتلف بأقوة وعدم التقصير لاينا في السقوط لاعتذار الرد الذي هو مقتضى الفسخ بالخيار ، وان خرج منه تصرف غير المقبول ولو باتلاف للاجماع على عدم سقوط خيار المقبول بذلك هذا . وكان رد القيمة أو المثل مبني على عدم

اندراج ما نحن فيه فيما ذكره من قاعدة «التلف في زمن الخيار ممن لا خيار له» والا كان المتجه عدم رد المثل أو القيمة؛ والانفساخ من غير حاجة الى بقاء الخيار.

وان كان المغبون هو المشتري لم يسقط خياره بتصرف البائع بالثمن مطلقاً، بل يفسخ ويرجع بالمثل أو القيمة على نحو ما عرفت اذالم يكن تصرف في المثل بما يسقط خياره ولو اتلافاً، لكن في الروضة «انه ان تصرف فيما غبن فيه فان لم يكن ناقلاً عن الملك علي وجه لازم ولا مانع من الرد ولا منقص للمعين فله ردّها، وفي الناقلو المانع ما تقدم، ولو كان قد زادها فأولى بجوازها، أو نقصها أو مزجها أو آجرها فوجهان؛ وظاهر كلامهم أنه غير مانع.

لكن إن كان النقص من قبله ردّها مع الارش؛ وإن كان من قبل الله تعالى فالظاهر أنه كذلك كما لو تلف، وكذا لو كانت الارض مغروسة فعليه قلعه من غير أرش إن لم يرض البائع بالاجرة؛ وفي خلطه بالاردي، الارش، وبالا جود إن بذله له بنسبة فقد الصفة والا فاشكال « وفيه أن بعضه لا يجمع ما تقدم فيما اذا كان المغبون البائع، ونحوه ما وقع له في المسالك ايضاً فلا حظ وتأمل، ليتضح لك الحال في ذلك وفي صورة اجتماعهما وفي كثير من الفروع المتصورة هنالتي لا تخص المقام في الحقيقة والله اعلم.

﴿و﴾ كيف كان ﴿ف﴾ لا يثبت به ﴿إي الغبن﴾ ارش ﴿مطلقاً قبل التصرف وبعده﴾، للاصل وحرمة القياس على المعيب ومحكي الاجماع بل محصله. نعم استشكل الفاضل في ثبوت الخيار لو بذل الغابن التفاوت، من انتفاء الضرر الموجب للخيار، ومن ثبوته فلا يزول الا بدليل.

بل جزم بالاول في الحدائق وهو غير ثبوت الارش الذي سمعت الاجماع عليه، و قد يناقش في الثاني بأنه مصادرة، اذالكلام في ثبوته مع البذل وقد يفرض مقارنته للعقد، كما انه قد يناقش في الاول بعدم انحصار الدليل بحديث الضرار (١) على أن الظاهر منه ارادة

عدم مشروعية، ما فيه ضرر إلا أنه لما لم يكن معلوماً لنا هنا بالخصوص، لتكثر تصورها
يندفع به الضرر، قوى في الظن مشروعيته على الخيار، للاجماع، ولأنه المعلوم من جبر
الشارع ضرر العقود بالخيار، والجامع بين الحقين وغير ذلك مما لا يخفى، لأن المراد
تكليف الضار بدفع ما وقع منه من الضرر، كي يتخير فيما يدفعه من بذل التفاوت، أو التسليط
على الفسخ. لكن روى الحلبي (١) «أنه سئل أبو عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى ثوباً
ثم رده على صاحبه فأي أن يقبله إلا بوضيعة؟ قال: لا يصلح له أن يأخذه فإن جهل وأخذه
بأكثر من ثمنه رد على صاحبه الأول ما زاد» فتأمل جيداً.

القسم الخامس

خيار التأخير أي ﴿من باع ولم يقبض الثمن ولا سلم المبيع ولا اشترط تأخير الثمن﴾ و
لوساعة ولا تأخير قبض الثمن ﴿فالبائع لازم ثلاثة أيام. فإن جاء المشتري بالثمن﴾ فيها استحق
﴿والا كان البائع أولى بالمبيع﴾ منه انشاء الفسخ بخلاف محقق معتد به أجده فيه بل حكى
الاجماع عليه مستفيضاً ومتواتراً. وقال زرارة للباقر عليه السلام في الصحيح: (٢) «الرجل
يشترى من الرجل المتاع ثم يدعه عنده فيقول: حتى آتيك بثمنه؟ فقال: إن جاء فيما بينه
وبين ثلاثة أيام، والا فلا بيع له»

وسأل على بن يقطين أبا الحسن عليه السلام في الصحيح (٣) «عن الرجل يبيع
البائع ولا يقبضه صاحبه ولا يقبض الثمن؟ فقال: لأجل بينهما ثلاثة أيام فإن جاء قبض يبعه،

(١) الوسائل الباب ١٧ من أبواب أحكام العقود الحديث ١

(٢) (٣) الوسائل الباب ٩ من أبواب الخيار الحديث ١ و ٣٠

والأفلاييع بينهما» وقال العبد الصالح عليه السلام في موثق ابن عمار (١) «من اشترى ببيعاً فمضت ثلاثة أيام ولم يجيء فألييع له» وقال عبد الرحمن بن الحجاج: (٢) «اشتريت محملاً فأعطيت بعض ثمنه وتركت عند صاحبه ثم احتبست أياماً، ثم جئت إلى صاحب المحمل لأخذه فقال: قد بعته فضحكت ثم قلت: لا والله لا أدعك أو أفاضيك، فقال لي: ترضى بابي بكر بن عياش؟ قلت: نعم فأتيناه و قصصنا عليه قصتنا، فقال أبو بكر: بقول من تريد أن أفضي بينكما أبقول صاحبك أو غيره، قال: قلت: بقول صاحبي، فقال: سمعته يقول: من اشترى شيئاً فجاء بالثمن ما بينه وبين ثلاثة أيام، والأفلاييع له» لكن قديهم ظاهروا هذه النصوص خصوصاً صحيح ابن يقطين منها الانفساخ قهر الذي هو أقرب إلى نفي الحقيقة من نفي اللزوم، وبلغها عبر الصدوق، بل ترك الاسكافي الظرف منها بل في المبسوط (٣) «روى أصحابنا أنه إذا اشترى شيئاً بعينه بثمان معلوم، وقال للبائع: أجيئك بالثمن ومضى فإن جاء في مدة الثلاث كان البيع له وإن لم يجيء في هذه المدة بطل البيع» إلا أنه يمكن إرادته بطلان اللزوم بقرينة كلامه في غير من كتبه، خصوصاً الخلاف الذي نسب فيه الخيار إلى إجماع الفرق وأخبارهم، كما أنه يمكن إرادة ذلك من النصوص ولو بمعونة الشهرة والإجماع المستفيض أو المتواتر، وأصالة الصحة وعدم المبطر وغير ذلك.

على أنه هو المناسب للرافق للبائع، إذ قد يدخل عليه الضرر بنقصان القيمة في هذه المدة بل قد يدعى انصراف الإطلاق اليد ولو بقرينة المقابلة في الشرطية، مضافاً إلى ظهور التقييد بالظرف في ثبوت البيع للبائع، واللزوم قابل للتبعض بخلاف الصحة، ولا ينافيه صحيح ابن يقطين (٤). لصدق نفي اللزوم بينهما ولو بنفيه للبائع منهما. فمن الغريب بعد ذلك كله جزم المحدث البحراني بالانفساخ.

(١) (٢) الوسائل الباب ٩ من أبواب الخيار الحديث ٢ و ٣

(٣) المبسوط ج ٢ ص ٨٧ الطبع الحديث.

(٤) الوسائل الباب ٩ من أبواب الخيار الحديث ٣

وعلى كل حال فشرطه عدم قبض الثمن، وعدم قباض المبيع، والحلول فيهما إجماعاً بقسميه، وفي الغلبة نسبت إلى رواية أصحابنا ولو لا ذلك لما كن المناقشة في اشتراط الثاني، لا إطلاق الموثق (١) وغيره الذي لا يقيد ما في سؤال صحيح ابن يقطين، بل قد يظهر من سؤال صحيح زرارة (٢) قباض المبيع وتركه عند البائع، وقد اعترف بعض الأفاضل بعدم ظهور النصوص في الشرط المزبور، بل ظاهر ما خلافاً، لكن قال لعل استناد الأصحاب إليها مبنى على كون القبض عندهم في نحو المتاع النقل لا مجرد قبض اليد.

وفيه أن ذلك مذهب جمع منهم، والظاهر اتفاقهم هنا على الشرط المزبور، ولكن الأمر سهل بعد الإجماع المذكور، فلو وجدوا واحداً أو أحدهما فلا خيار وإن إبقاه عند صاحبه خلافاً للمحكى عن الشيخ من أن للبائع الفسخ متى تعذر الثمن، وقواه في الدروس، ولم يستبعده في المسالك، وهو مع أنه غير ما نحن فيه من خصوص هذا الخيار - ضعيف لأنه هو أدخل الضرر على نفسه بتسليم المبيع، ولأن فائدة الفسخ التسلط على العين، فإن تمكن منها أخذها مقاصدة كغيرها أو لا فائدة له.

وعلى كل حال فلو اتفقت الفرض منهما ولو للبعض فالخيار باق في الكل بلا خلاف وفي خبر ابن الحجاج (٣) دلالة عليه، وكذا لو قبض قبض مستحقاً كلاً أو بعضاً لأنه كعدم القبض، بخلاف قبض المعيب فإنه صحيح ويسقط به خيار البائع، قيل: وبكفي في الثمن مطلق القبض بخلاف المبيع فيشترط فيه إذن البائع، كما صرح به جماعة، وتوحي إليه آخرون، لأن قبض الثمن من فعل البائع كقباض المبيع فيسقط حقه بهما؛ وقبض المشتري ليس فعلاً له فلا يسقط حقه بفعل غيره، وهو جيد لو أن السقوط بالقبض المأذون فيه، لدلالته على إسقاط الحق، أما إذا لم يكن لذلك بل لتغير الصورة الثابت فيها الخيار فيبقى على أصل اللزوم، ففيه أن النصوص أدل هنا على كون القبض للثمن بالأذن فيها على غيره،

(١) الوسائل الباب ٩ من أبواب الخيار الحديث ٤

(٢) (٣) الوسائل الباب ٩ من أبواب الخيار الحديث ١ و ٢

بل لادلالة فيها على المثلث كما عرفت.

اللهم الآن يقال أن النصوص لادلالة في شيء منها على اعتبار شيء منها أذ جاء و نحوه مجرى الغالب في دفع الثمن ، الى المالك ، لا ان المراد منه الشرطية بل العدة الاجماع ، وهو ثابت في الاقباض كما عرفت دون قبض الثمن ، بل قد يدعى تحققه في عدم اعتباره ، لاطلاقهم القبض فيه والقباض في المثلث ، أو يقال : إن الاذن معتبرة في اقباض المبيع دون الثمن ، كما يظهر من بعض كلماتهم في باب القبض ، وإن كان فيه ما فيه ، لكن مع ذلك كله أطلق في الروضة وغيرها اعتبار الاذن في القبض ، وقد ينزل على ارادة الاقباض ، فتأمل نعم لو أجاز البائع لزم ، خلافا للمحكي عن الشيخ لعدم الاقباض ، وهو ضعيف ولو ممكنه منه فمن التحرير سقوط الخيار وهو جيد بناء على أنه التخلية ، و الافلاشيه البقاء وإن اسقطنا الضمان به ، لمنع عموم البداية ، فالاصل بقاء الحق .

وأما الحلول فمستنده - بعد الاجماع - الاصل السالم عن معارضته المنساق من النصوص . مؤيدا بأن الواجب مع الشرط مراعات الاجل طال أو قصر فلا يتقدر بالثلاثة ، وإثباتها بعد الحلول خروج عن ظاهر الفتوى و الدليل ، ولو شرط التأجيل في البعض فأخر الباقي فالأقرب السقوط ، وفاقاً للفاضل و المحكي عن ولده وغيره ، للاصل ايضا السالم عن معارضة النصوص ، بعدما عرفت من ظهور سياقها في حلول الجميع ، مؤيدا بأنه ساقط في المؤجل بالشرط ، فيسقط في الكل لثلاثي التبعيض .

والعمدة ما عرفت ، بل عن التحرير اشتراط خلو الثلاثة عن الخيار للبائع كالحلي في خصوص الشرط منه ولا بأس به ، بعد استثناء خيار المجلس لو قلنا بأن مبدئها من حين العقد ، للاصل المزبور ، المؤيد بان دفاع ضرر التأخير ، و ظهور النصوص و الفتاوى على سبق اللزوم ثلاثاً فينتفى الخيار مطلقاً .

قيل : وليس المراد به نفي الخيار المخصوص لأن الثابت بالتأخير أصل الخيار و الحكم لا يتقيد بالسبب ، وإن كان في الأخير ما فيه ، كالمحكي عنهما أيضاً من اشتراط

خلوها عنده مطلقاً ، او خصوص الشرط للمشتري ايضاً ، للاصل ايضاً ولان شرط الخيار في قوة اشتراط التأخير ؛ وتأخير المشتري بحق الخيار ينفي خيار البايع ، ضرورة منافاته لاطلاق الأدلة ، واللزوم - المفهوم من النص والفتوى في الثلاثة - إنما هو للبائع دون المشتري ، فلا مانع من خياره بوجود أسبابه ، بل مقتضى كلام الفاضل عدم هذا الخيار في الحيوان مطلقاً ، وهو مناف لعموم الأدلة التي منها يعلم فساد ما عن الحلبي ايضاً ، لعدم الفرق بين الاصل والمشتري . وفي الدروس « يحتمل ثبوت الخيار مطلقاً ، فلواشترط المشتري فسخ البائع بعد الثلاثة ولو شرطاه وخرج الخيار فكذلك » وفيه - مضافاً الى ما عرفت من سقوطه في اشتراط الخيار للبائع ، - انه يلزمه تأخير الثلاثة عن محلها المستفاد من النص والفتوى .

ولا يشترط كون الثمن معيناً قطعاً ، أما المبيع فعن ابي العباس والصيمري وظاهر المبسوط والمراسم والوسيلة والتحرير ذلك ، وفي الانتصار وعن الخلاف اشتراط تعيينها ، لكن الظاهر ارادة الاحتراز به عن النسبة ونحوها ، بل هو محتمل الكتب المزبورة . فينحصر القول حينئذ بالاولين خلافاً لاطلاق الاكثر وصريح المحكي عن القاضي بل عنه الاحتجاج له بالاجماع فهو - مع اطلاق معقد غيره وعموم النصوص - الحجة في الخروج عن الاصل ، وتغير الصورة وانتفاء العلة ممنوعان ، ويظهر من بعض الاساطين اشتراط التغاير بين البائع والمشتري بالذات في هذا الخيار ، ولعله لانه هو المستفاد من النصوص ، فيبقى غيره على اصل اللزوم ، لكن يمكن أن يستفاد مما سمعته في مثل ذلك في خيار المجلس ثبوته في المقام ، وفرض تصوره واضح ، الا انه يقوى في النفس الاول هنا ، ويعرف البحث في الوكيل ونحوه مما تقدم سابقاً فلا حظ وتأمل .

ثم ان ظاهر النص والفتوى اختصاص هذا الخيار بالبيع والبائع كما هو مقتضى الاصل ، بل نفى بعض الاساطين الخلاف في الاول وحكى الاجماع في الثاني الذي نص عليه المفيد والمرضى حاكياً ثانياً لهما الاجماع عليه ايضاً ، وعن الدروس أنه استشعر الخيار له من عدم

حكمهم بإجباره على النقد ، لكن فيما حضرنى من نسختها ولا خيار للمشتري بعد الثلاثة ولا فيها فى ظاهر كلامهم ^{مع} أنه يلوح منه جواز تأخير الثمن اذ لم يحكموا بإجباره على النقد قلت : لعل وجه احتباس المبيع والرضا بالتأخير كما هو الظاهر .

ولافرق فى اعتبار الثلاثة فى هذا الخيار فى النصوص السابقة والفتاوى بين الحيوان وغيره ، والانسى من الاول وغيره ، الا ما يعتق على المشتري فان الظاهر سقوط الخيار فيه وتعين المطالبة بالثمن لما سمعته فى خيار المجلس ، وليس هو كالتلف والتصرف الذى لا يسقط الخيار ، بل يقسخ وينتقل حقه للمثل والقيمة ضرورة كون التعارض فى الادلة فى نحو الفرض فى اصل ثبوت الخيار ، فمع فرض ترجيح ادلة الاعتناق يرتفع اصل الخيار ، ولا وجه للانتقال الى المثل أو القيمة اذ هو فرغ الاستحقاق .

وكيف كان فلا فرق فى تقدير المدة المزبورة بين افراد المبيع ، خلافا للصدوق حيث قدر المدة فى الامة بشهر ، للخبر (١) « فيمن اشترى جارية وقال : اجيئك بالثمن ، إن جاء فيما بينه وبين شهر ، والا فلا بيع له » الذى رماه فى الدروس بالندرة وفى المختلف بالقدح بالسند ، وإن كان فيه ما فيه ، وعن الاستبصار احتمال حمل على التدب ، ولا يخفى أن الخبر واضح الدلالة ، نفى السند ، مؤيد باصل لزوم الآن شذوذه - وغرابة اختصاص الامة بهذا الحكم ولزوم الضرر بطول المدة - يمنع من تخصيص تلك العمومات به ، فالعمل على المشهور وحمله على بيان منتهى الصبر طريق الجسع .

وكيف كان فقد قيل : إن مبدء المدعى من حين التفرق ، وأنه ظاهر الشيخين والسيدى والقاضى والديلمي والحلى والعلامة فى المختلف والتحرير ، لما عرفت من ظهور النص والفتوى فى لزوم البيع فى تمام المدة ، ولو كانت من حين العقد لا شملت على خيار المجلس فينتفى الزوم فى المجموع ، بل الجميع فى بعض الصور ، بل لعل المتبادر من قوله عليه السلام (٢) « إن جاء فيما بينه وبين ثلاثة ايام ، مجيئه من وقت المفارقة ؛ اذ لا يعقل المجيئ حال

الاجتماع الا اذا اريد به مجرد دفع الثمن وهو خلاف الظاهر، فهو حينئذ من الاقتراق و إن اشترط في العقد سقوط خيار المجلس لعموم المقتضى.

نعم بناء على أن المنساق ما ذكرناه أولاً، إتجه حينئذ كون الاستداء من حين العقد مع اشتراط السقوط لا تنقضاء المانع حينئذ هذا. ولكن قد يقال: إن المنساق من النص و الفتوى كونه من حين البيع، وخيار المجلس بعد ندرة طول غير قادر في ارادة اللزوم في اكثر الثلاثة، على أن المراد اللزوم من حيث التأخير، لامن كل وجه فنامل .

وفي فورية هذا الخيار و تراخيه ما عرفت سابقاً، بل القول بالثاني هنا أولى، و عن الشهيد في قواعده التصريح به، كما انه ظاهر التذكرة لاطلاق الأدلة، بل لم أجد قائلاً بالاول هنا، وإن كان محتملاً نظر الى تعليل الفورية في غيره، بالانقضاء على المتيقن فيما خالف اصل اللزوم. نعم تردد المحقق الكركي في الفوريتها مع جزمه بها في خيار الغبن والرؤية، وكان منشأ احتمال كون المقتضى هنا اطلاق الأدلة للاستصحاب ونحوه . بل لا يسقط بالمطالبة بالثمن بعد الثلاثة، لأعميتها من الدلالة على الرضا بلزوم العقد، أما لو فرض ذلك ولو لقريئة، إتجه السقوط كما في غيره من الخيارات، وقد سمعت في خيار المجلس والحيوان ما يؤمى اليه من النصوص (١) والاستصحاب بعد صدور الدال على الالتزام لوجه له، إذا احتمال عدم سقوط هذا الخيار بنحو ذلك كما ترى، ولعله على ذلك يحمل ما عن ظاهر المشايخ والديلمي والحلي من السقوط بالمطالبة، وكذا يسقط باشتراط السقوط كما عن الشهيد وغيره النص عليه، عملاً بالشرط، وبالإسقاط بعد الثلاثة أيضاً كما هو شأن الحقوق أما لو أسقطه فيها فقد قال: بعض الاساطين لا يسقط، لعدم ثبوت الحق، وقد يحتمل السقوط باعتبار حصول سبب الاستحقاق وهو العقد، ولا يسقط ببذل المشتري الثمن بعدها قبل الفسخ للاستصحاب واطلاق الأدلة، ولم يثبت كون العلة فيه الضرر فيثبت ويزول بزواله مع أن البذل بعدها، قد لا يدفعه في بعض الاحوال، خلافاً للفاضل ولم يسوغ له الفسخ والا قوى الاول .

﴿و﴾ كيف كان ف ﴿لو تلف﴾ المبيع ﴿كان من مال البائع في الثلاثة﴾ بعدها على

الاشبه ***** بل لاخلاف فيه في الثاني، بل حكى الاجماع مستفيضاً ومتواتراً عليه لقاعدة «كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه» المعلومه بالنص (١) و الاجماع والخبر (٢) «في رجل اشترى متاعاً من رجل وأوجب له، غير أنه ترك المتاع ولم يقبضه، وقال: أتيتك غدا فسرقت المتاع من مال من يكون؟ فقال: من صاحب المتاع الذي هو في بيته، حتى يقبض المتاع ويخرجه من بيته، فاذا أخرجه من بيته فالمتاع ضامن لحقه حتى يرد إليه ماله».

و«قاعدة التلف في مدة الخيار ممن لا خيار له» لا تشمل المقام، و لولائها مخصوصة بما بعد القبض، ووافق للمتأخرين في الاول، بل عن الخلاف الاجماع عليه، وهو الحجة بعد الخبرين، خلافاً للمنفذ والسيدين والمحكي عن سائر، فمن المشتري، وربما مال اليه الشهيد في المحكي عن نكته، بل في الانتصار والغنية الاجماع عليه، لانه ملكه ولا تفسير من البايع اذ لا طريق له الى الفسخ، وبه افترق عن التلف بعدها، ولان التمتع له فاضمان عليه، كما يستفاد من بعض نصوص خيار الشرط (٣)، والنقص بالتلف بما بعد الثلاث مدفوع بالاجماع ثمة دون المسألة، إلا ان ذلك كله كما ترى، بعد الخبرين المزبورين المعتضدين بقتوى المتأخرين وبعض من تقدمهم، الموهون بها الاجماعان المذكوران .

وفي الوسيلة «أنه من ضمان البايع وإن كان بغير تفريط، إلا أن يكون عرض التسليم ولم يتسلم المبتاع، فان تلف بتفريطه كان من ضمانه على كل حال» ونفى عنه الباس في المختلف بعد تخصيص الدعوى بالثلاث قال: «و كلام أبي الصلاح يدل عليه، فانه قال : فان كان تأخير من قبل المبتاع فهلاكه ونقصه من ماله» قلت: لا يخفى ما فيه بناء على عدم تحقق اسم القبض بمثل الفرض المزبور، ولم يثبت ارتفاع الضمان به وإن لم يسم قبضاً، و المنقول عن الحلبي موافقة المفيد، وعبارة الوسيلة مطلقة في الثلاث وغيرها، على ان الظاهر

(١) الوسائل الباب ٨ و ١٠ من ابواب الخيار الحديث ٣٠٩

(٢) الوسائل الباب ١٠ من ابواب الخيار الحديث ١

(٣) الوسائل الباب ٦ من ابواب الخيار الحديث ٣٠٩

كون مبنيا تنزيل التمكين منزلة القبض في نقل الضمان، وهو يقتضي ضمان المشتري مع حصوله مطلقا، فلا وجه للتخصيص، بل نقل الضمان من البائع بالتمكين المبرور مذهب الشيخ وجماعة، بل عن ظاهر الخلاف الإجماع عليه، وحينئذ فيشكل إطلاق القول بضمان البائع في الثلاثة كما هو المشهور وفيما بعدها من الجميع ان ثبت الإجماع، ومن خصوص القائل إن لم يثبت ولا يندفع الابطال. اطعمتم التمكين في أصل الخيار كما عن التحرير أو تخصيص محل النزاع بما اذا انتفى كما عن السرائر، فيكون ما في الوسيلة موافقا للمشهور لأنه قول ثالث كما وقع من غير واحد؛ والله اعلم. هذا كله فيما لا يفسده البقاء.

﴿و﴾ أما ﴿إن اشترى ما يفسد من يومه﴾ وقد تركه عند البائع حتى ياتي به بالثمن ﴿ف﴾ قدروى محمد بن ابي حمزة مرسل عن الصادق عليه السلام و ابي الحسن عليهما السلام (١) انه ﴿إن جاء بالثمن﴾ فيما بينه وبين الليل ﴿أى﴾ قبل الليل ﴿والا فلا بيع له﴾ ولا يقدح ارساله بعد اغضاده بما في ذيل مرسل ابن رباط (٢) عن الصادق عليه السلام على ما في الفقيه والعهد في ما يفسد من يومه مثل البقول والبطيخ والفواكه يوم الى الليل وإن احتمل أنه من كلام الصدوق بل لعله الظاهر؛ وانجباره بعمل اصحاب وموافقة الاعتبار و حديث الضرار (٣). نعم اختلفت عباراتهم في تادية المراد بعد اشتراكها في التحديد بالليل ففي جملة نحو ما في المتن من الامتداد اليه من دون تعرض للمبدء وفي أخرى تقدير المدة بيوم وفي ثالثة جعل الخيار الى الليل، الا أنه مناف لما في النص وأكثر العبارات من أنه مبدأ لا منتهاه فيجب رده اليه وإن بعد، والامر سهل بعد توضيح المراد.

نعم قد يشكل الحديث والفتاوى بأن الغرض من الخيار دفع الضرر بالفسخ قبل فساد المبيع، واذا كان مما يفسده ليومه كما هو المفروض، وجب ان يكون الخيار قبل

(١) الوسائل الباب ١١ من ابواب الخيار الحديث ١

(٢) الوسائل الباب ١١ من ابواب الخيار الحديث ٢

(٣) الوسائل الباب ١٧ من ابواب الخيار الحديث ٣ و ٤ و ٥

الليل، ليتأتى للبائع فسخه ، ودفع الضرر عن نفسه ، وبأن البيع يقع في طرفي النهار وفي الاثناء، وقد يقع في الليل ايضا، والتحديد بالنهار كالأو بعضاً لا يطرد في الجميع، و الحمل على مقدار اليوم خروج عن ظاهر النص والقوى، ولا يتأتى معه الغرض المطلوب في الاكثر، ومن هنا حمل الشهيد في الدروس النص على ما يفسده المبيت ، نظرا الى الغالب في نحو الخضر والفواكه واللحوم والألبان، وإلى شيوع استعمال اليوم فيما يشمل الليل، فيثبت الخيار حينئذ فيما هو كذلك، وقد يقع في النهار عند انقضائه ودخول الليل، و ردّما سواء الى ما يقتضيه الاصل، وحديث الضرر ودلالة الايماء؛ وهو جيد جداً، وارتضاء المحقق الكركي ومال اليه الشهيد الثاني وغيره، ومقتضاه ثبوت الخيار في غير مورد النص عند خشية فساد مطلقا، فلو كان مما يتسرع إليه الفساد في بعض يوم فالخيار فيه قيل الليل، ولو كان مما لا يفسد في يوم، تربص به البائع إلى خوف فساد، فيتخير حينئذ، وإن مضى عليه يومان وأكثر، واحتمل العلامة في هذا انتظار الليل لورود التحديد به شرعاً، ويضعف بما عرفت، وبأن مورد النص الفاسد ليومه، وليس هذا منه، فيستمر فيه اللزوم الى خوف الفساد، بمقتضى الاصل السالم عن المعارض:

وقد يحتمل فيه وفي غيره ملاحظة النسبة لما يفسده المبيت فيفسخ مع بقاء زمان يعدمه الفساد كزمانه، فتأمل ويكفي الفساد في تغير العين ونقص الوصف وإن لم يبلغ حد التلف، كما في الدروس وجامع المقاصد وظاهر المسالك، وهل ينزل فوات السوق منزلة الفساد؟ احتمله الشهيد، للزوم الضرر بنقص السعر، وهو قوى، وإن احتمل العدم أيضا، إقتصارا فيما خالف الاصل على المنقذين.

ثم إن الظاهر إتحاد البحث في تلفه كذى الثلاث ، لاتحاد الطريق و هو صريح الغنية أو كسر يحامد عيا عليه الاجماع، وربما احتمل كونه من البائع منام مطلقا عند غير من صرح من المفصلين ايضا، لاقدامه على التأخير فيما هو مظنة التلف، كما أن الظاهر من الماتن وغيره، بل عن جماعة التصريح به، بل في الغنية الاجماع عليه كون هذا الخيار من

جملة افراد خيار التأخير، فيشترط فيه، ما يشترط فيه من الامور الثلاثة، ويجرى فيه ايضا كثير من الفروع السابقة. والله أعلم هذا تمام الكلام في الخيارات الخمسة ﴿و﴾ أما ﴿خيار العيب﴾ فـ ﴿يأتى﴾ البحث فيه ﴿فى بابہ انشاء الله تعالى﴾ لكثرة فروعہ ﴿وأما احكامه﴾ اى الخيار

فتشتمل على مسائل

﴿الاولى﴾ المشهور أن ﴿خيار المجلس لا يثبت فى شىء من العقود عدا البيع﴾ بل فى الغنية و محكى الخلاف الاجماع عليه للاصل السالم عن المعارض خلافا للمحكى عن المبسوط والقاضى والحلى فأثبتوه فى نحو الوديعة و العارية و القراض و الوكالة و الجعالة، وهو ضعيف لما عرفت، مؤيدا بان الخيار فيها عام ايضا لا يقبل السقوط، فلا تأثير للمجلس، إلا أن يقصد منع التصرف فيه معه، كما احتمله فى الدوس ولا دليل عليه، ولا يصح فى الوديعة لامتناعه فيها مطلقا بل ولا فى غيرها، لوجود الاذن المرسوم كذلك ومنع فى المختلف إجماع الخلاف، لان ثبوت الخيار مطلقا يستلزم ثبوته فى المجلس، و فيه أن للمنع خيار المجلس دون الخيار فيه، فان أراد الثانى كان النزاع لفظيا. و كيف كان فلا دليل على ثبوت حق فيها مغاير لحق الجواز الثابت بأصل الشرع ﴿و﴾ أما ﴿خيار الشرط﴾ فيثبت فى كل بيع لا يستعقب العتق، سلماً كان أو صرفاً أو غيرهما، لمعوم المقتضى، خلافا للفاضل فى موضع من التذكرة فيهما، و للغنية و محكى المبسوط والخلاف والسرائر فى الثانى، لاقتضاء إعتبار القبض فى المجلس فيهما، ألا فتراق بلا علة، وإشتراط الخيار علة؛ وهو كما ترى، ودعوى الاجماع من الثلاثة

على الثاني - التي منعها غير واحد من الأصحاب - علي مدعيها، بل في المسالك «أطبق المتأخرون علي منعها، مؤيداً ذلك، بأن من عدا المدعي ممن تقدم عليه؛ أو تأخر عنه، بين مطلق ثبوته في البيع، وبين مصرح به» بل في موضع آخر من التذكرة التصريح بثبوته لكن علي إشكال .

نعم قد يظهر من إقتصار الدروس علي حكاية الشيخ الاجماع، ومنعه من الفاضل نوع توقف فيه، بل في التحرير و القواعد في ثبوته إشكال، إلا أن ذلك لا يقدح في دعوى منع الاجماع، خصوصاً مع شهرة الصحيح المثبت بعمومه الخيار، بين الفقهاء و المحدثين، وقد رواه أئمة الحديث (١) والأقدمون من فقهاء أصحاب الأئمة عليهم السلام، ولا راد له ولا معارض له يخصصه، بل لعل مبنى الاجماع المدعي، علي الاجماع علي اشتراط القبض الذي ظن المدعي منافاته لاشتراط الخيار، فيكفي في رفعه حينئذ وضوح عدم التنافي .

وكذا ﴿يثبت في كل عقد﴾ لازم، معاوضة كان أولاً، ﴿عدا النكاح و الوقف﴾
بلا خلاف أجده في المستثنى منه، إلا في الضمان من الفاضل في أحد قولي، والصلح مطلقاً من المحكي عن المبسوط والخلاف، وخصوص ما يفيد منه فائدة الإبراء من الكركي، تبعاً للفاضل في التحرير، وخصوص الصلح عن المجهول، والدعوى الغير الثابتة بالاقرار من المحكي عن الصيمري، والكل شاذ ضعيف، لعموم المقتضى، وعدم ثبوت أن ما في الذمة إذا انتقل لا يعود، بل هو ينتقض بجملة من المقامات .

وكذا دعوى إسقاط الحق، أو أن الصلح لا يقبل الخيار، فإن ذلك كله لا مانع من حصوله علي جهة التزاول، وبلا خلاف إضافي الأول من المستثنى، بل في جامع المقاصد والمسالك والمحكي عن الخلاف والمبسوط والسراير الاجماع عليه، وهو الحجة بعد تأيده بمشاكلته العبارة، وابتناؤه علي الاحتياط التام وسبق التروى فيه وتوقفه علي رافع مخصوص، فلا يرتفع بغيره .

أما اشتراطه في الصداق فلا بأس به ، كما صرح به الفاضل والكركي ، للعموم ، وفي المتعة اشكال إن لم تكن مندرجة في النكاح الذي هو معقد الاجماع . وعلى المشهور في الثاني بل في المسالك أنه موضع وفاق ، وهو الحجة ، وإن كان فيه أنه قد ثبت في الدروس وغيره على أنه موضع خلاف . نعم هو لا يقدح في الاجماع الكاشف فان تم كان هو الحجة ، والا كان للنظر فيه مجال ، وإن كان قد علل باشتراط القرينة فيه ، وهو مناف لاشتراط الخيار ، وبأنه فك لا الى عوض ، فلا يقبله كالمعتق ، لكن فيهما معاً منع .

ومنه ينقدح النظر في الحاق العمرى والحبس وما في معناهما به في جامع المقاصد للاشتراك في المعنى المذكور ، بل وينقدح ايضاً في عدم دخوله في الهبة قرينة الى الله تعالى ، مع أنه قال في التذكرة : «وأما الهبة فان كانت لاجنبي غير معوض عنها ولا قصد بها القرينة ولا تصرف المتهب يجوز للواهب الرجوع فيها . وإن اختلف أحد القیود لم يمت ، . وعلى دخولها خيار الشرط الأقرب ذلك» وظاهره تناولها خصصاً وقد نفى الباس عما ذهب اليه الشافعي من عدم دخوله في الوكالة والقراض والشركة والوديعة والجمالة ، قال : «لأنها عقود جائزة لكل منهما فسخها سواء كان هناك شرط خيار أو لا» فحمل كلامه هنا على الهبة الجائزة لا يخلوا من منافاة له ، فالاولى بناء دخوله في ذات القرينة على التنافي بينهما ، وعدمه ، والحكم بجواز الدخول في الالتزام منها للعوض أو القرينة ، كما هو مقتضى تعميم المصنف وغيره للعموم ، وبناءً على ذلك على دخوله في العقود الجائزة وعدمه .

فمن الشيخ والفاضل والحلي : دخوله فيما سمعته عن الشافعي استناداً الى العموم المقتضى إطراده في كل عقد جائز ، ويقتضيه إطلاق المتن والغنية والارشاد والقواعد و الدروس ، ومنعه العلامة في المختلف والتحريز والكركي والشهيد الثاني ، وقد سمعت نفي الباس عنه في التذكرة لعدم تأثير الشرط في الجائز بالأصل ، ويضعف بعدم اشتراط التأثير في الشرط ، فان معناها ما يؤكده مقتضى العقد ، فان أريد خصوص المؤثر هنا عاد النزاع الى اللفظ ، على أنه قد يؤثر فيهما ولو لم الجائز كالهبة بالتصرف مثلاً ، فان له الفسخ حينئذ بالشرط ، وكذا

المعاطاة لو كان التصرف من ذى الخيار. فتأمل هذا . وقد علم مما ذكر، حكم الشرط فيما اختلف في لزومه وجوازه كالسبق والرمية ، أو يلزم من أحد الطرفين دون الآخر كالرهن، واستشكل في التحرير جوازه من الرهن وإن لزم العقد من جهته ، لأن الرهن وثيقة الدين ، والخيار ينافى الاستيثاق ، ورد بمنع المنافاة، فإن الاستيثاق فى المشروط بحسب الشرط ، فتحصل من جميع ذلك أنه لا يثبت فى النكاح والوقف خاصة من العقود .

﴿ وكذا ﴾ لا يثبت فى ﴿ الإبراء والطلاق ﴾ وفى الإقالة ما ستعرف ﴿ والعنق ﴾ من الإيقاعات ﴿ إلا على رواية شاذة ﴾ (١) لا يلتفت إليها كالقول بها بعد الإجماع فى المحكى عن المبسوط على الأخيرين ، وفى المسالك على الأولين ، وعن الحلبي نفى الخلاف فى الثالث الذى ينافى اشتراط الخيار فيه اعتبار القرية أيضاً بناء على المنافاة ، كما أنه ينافيه فى الثلاثة ، أنها من الإيقاعات لا العقود ، ولذا احتج - فى المحكى عن السرائر - على عدمه فى الثانى بخروجه عن العقود ، ومقتضاه إطراد الحكم فى الجميع ، وعدم اختصاصه بالثلاثة ، كما يوهمه الاقتصار فى المتن وغيره عليها ، ولعلها كذلك ، لا ببناء الإيقاع على النفوذ بمجرد الصيغة فلا يدخله الخيار ، والمفهوم من الشرط ما كان بين اثنين كما ينبه عليه الصحيح « من اشترط شرطاً مخالفاً لكتاب الله عز وجل فلا يجوز على الذى اشترط عليه » فلا يتأنى فى الإيقاع المتقوم بالواحد ،

وقد يلحق بالطلاق الإقالة بناء على عدم تعقل العود بعد الفسخ من غير سببه وفيه بحث ، سيما بعد اطلاقهم دخوله فى العقود بناء على أنها منها ، وسيما بعد حكمهم فى الشفعة ، بقابلية الإقالة للفسخ ، كالبحث فى إلحاق الكتابة المطلقة بدفى التحرير ؛ وعن التذكرة وإن كنت لم أتحققه فيما حضرني من نسختها ، ودعوى أن الحر لا يعود رقاً لدليل عليها على الإطلاق ، بحيث يشمل الحرية المتزلزلة كما فى جملة من المقامات المذكورة فى كتاب العتق وغيره . وحينئذ ، فتتفرع على ذلك فروع جليلة لا يخفى بادنئ تأمل .

منها - حكم المال الحاصل له فى زمن الحرية إذا عاد إلى الرقية ، أما المشروطة ففي جامع المقاصد دخوله بالنسبة للمولى قال : « وفى المبدقولان إختار الثبوت الشيخ ،

والعدم المصنف في التحرير، نعم قد يلحق بالطلاق الخلع والمبارات، وفي التذكرة وجامع المقاصد دخوله في القسمة سواء كان فيهما أولاً، وفيه بحث أيضاً. ثم إن الظاهر دخول خيار الشرط بجميع أقسامه كخيار المؤامرة ورد الثمن ونحوهما، لكن فيما يتصور فيه ذلك كعقود المعاوضة، للعموم المقتضى عدم الفرق فيه بين البيع وغيره، واحتمال قصرهما على البيع - للدليل والافلا يجوز للجهالة - ضعيف جداً كما هو واضح. وأما الغبن فثبوته في سائر عقود المعاوضة بناء على أن مدركه حديث الضرار (١) - متجه.

المسألة (الثانية التصرف) من المشتري في المبيع يسقط خيار الشرط له كما يسقط خيار الثلاثة **بلا خلاف** معتد به أجده فيه، بل في الغنية وجامع المقاصد ومحكي الخلاف وكنز القوائد الإجماع عليه، وهو - بعد شهادة التبعية - الحجة مضافاً إلى ما عن الشيخ والقاضي من ورود الأخبار من طريق الأصحاب بذلك محتجين بها عليه، وكفي بهما ناقلين، وإلى دعوى الأولوية، فإنه متى سقط به الخيار الأصلي كالحيوان، فالشرط أولي، وإن كان فيها ما فيها، كدعوى العموم من العلة المنصوصة في الصحيح (٢) في خيار الحيوان، ضرورة أن الفاء فيه رابطة، لا تليبية، نعم بعد تعذر إرادة الحقيقة من الحمل فيه، وجب حمله على إرادة دلالة على الرضا، وحينئذ لا تفاوت بين الحيوان وغيره، ضرورة اعتبار ما دل عليه من الأفعال والأقوال، والمناقشة فيما لم يصل إلى حد العلم في الأول، يدفعها حينئذ هذا الصحيح وغيره، واحتمال قصره على خصوص الحيوان كما ترى.

وعلى ذلك عول من قيد السقوط بالتصرف بما إذا لم يكن للاختبار ونحوه فيما علم عدم إرادة الالتزام به، بل المتعجه حينئذ أن ما كان ظاهره ذلك كذلك أيضاً بل ينبغي عدم السقوط بالمشكوك فيه.

(١) الوسائل الباب ١٧ من أبواب الخيار الحديث ٣-٥

الحديث ١

(٢) الوسائل الباب ٢ من أبواب الخيار.

ومن هنا وقع خبط في كلام بعض المتأخرين ، وربما مال بعض متأخريهم الى دعوى ماسمعه في الحيوان من أصالة الدلالة في التصرف حتى يعلم العدم ، جمعاً بين ما دل على السقوط به وبين خبر الامداد (١) ونحوه مما يقضى بعدم السقوط به ، إلا أن الجميع كما ترى ، مناف لاطلاق الفتاوى ومعقد بعض الاجماع السابقة ، وما ذكره في مسقطات الخيار من عدالتصرف قسماً آخر مقابل للرضا ، وليس في قوله **لا خلاف** «فذلك رضاً منه» ظهور في أن السقوط بالتصرف للدلالة ، خصوصاً مع ملاحظة كون الفاء فيه رابطة للشرط لاتعليلية ؛ وأن بيان الدلالة ليس وظيفة الشارع ، لاختلافه باختلاف الأزمنة والأمكنة والأحوال ، فيمكن إرادة قيامه مقام الرضا في الاسقاط ، بل يمكن دعوى أنه المنساق من أمثاله ، أو إرادة أنه بعد إقدامه على المسقط شرعاً وفعله فهو رضاً منه بالالتزام اذا كان عالماً بأنه مسقط متنبه له ، وكان الاطلاق لغلبة العلم بالحكم الشرعي ، وعدم معذورية الجاهل وندرة الغفلة والسهو ، فالقول بأنه مسقط تعبداً مطلقاً لا يخلو من قوة ، وتعديته لغير الحيوان بالاجماع المحكي عن الخلاف ان لم يكن المحصل ، وظهور عدم إرادة خصوص المورد في الصحيح (٢) وغيره حينئذ لا ينبغي التوقف فيه هنا ، بل ولا في سقوط خيار البائع بالتصرف في الثمن كما صرح به جماعة وعلم من رأى الباقيين لذلك ، ولعدم الفرق بين الموضين ، وخبر ابي الجارود (٣) - القاضي بعدم سقوط خيار البائع في التصرف بالثمن في خيار الرد - محمول على ما عرفت سابقاً من كون التصرف فيه قبل تحقق الخيار ، لأنه إنما يحصل بعد الرد كما عرفته سابقاً ، والمدار حينئذ على صدق الحدث فيه ناقلان أو غير ناقل .

نعم قد يتوقف في الحدث فيه خطأ - بل أو غفلة أو نسياناً أن فيه الخيار أو

(١) الوسائل الباب ١٣ من ابواب الخيار الحديث ١

(٢) الوسائل الباب ٤ من ابواب الخيار الحديث ١

(٣) الوسائل الباب ٨ من ابواب الخيار الحديث ٣

لظن أنه الخالي منه - من صدق اسم الحدث فيه ، ومن أن المنساق من قوله «احدث فيه حدثاً» قصد الاحداث فيد ، خصوصاً بعدان لم يكن عمومه لغويا ، وقد يؤيده في الجملة عدم سقوط خيار الغبن بالتصرف غير الناقل اذالم يعلم بالغبن ، ولكن لا يخفى عليك الفرق عرفاً بين الحدث خطأ وبين الغفلة والنسيان ، فهو من ذى الخيار مسقط لخياره ، من غير فرق بين الاختبار وغيره ، وخبر رد الامداد مع الشاة (١) القاضي بعدم سقوط الخيار بالحلب ، مع الطعن في سنده وشذونه ، وعدم ظهوره في الرد بالخيار بل قد يظهر منه عدمه ، و منافاته لمادل على أن النماء في زمن الخيار للمشتري ، - يمكن القول بأن استخراج الحليب الذى هو ملكه ليس إحداثاً فيها ، كما أن اشتراط بيع ما فيه الخيار بالايجاب قبل البيع في خبرى الحلبى والسكونى الاثنيين (٢) من الشواذ التى لم يعمل بهما احد فيما علم .

من ذلك كله يظهر لك ما فى جامع المقاصد والمسالك والرياض وغيرها ، فلاحظ وتأمل . نعم قد يتوقف فيما ذكره غير واحد - بل نسبه بعض الاساطين الى الاصحاب مشعراً بدعوى الاجماع عليه ، بل فى الغنية نفى الخلاف عنه - من الفسخ بتصرف كل منهما فيما انتقل عنه ، اذالم يكن دالاعلى ارادة الفسخ فضلا عما علم منه عدم الدلالة أو كان ظاهراً لعدم الدليل إن لم يكن اجماعاً على الحاقه بالتصرف الملزم بناء على السقوط به تعبداً ، ودعوى الدلالة عليه - كدلالته فى المنتقل اليه على الامضاء - يدفعها ما عرفت من عدم دوران السقوط فى المقيس عليه على الدلالة ، وليس فى الادلة ، ما يقتضى التعبد هنا ، بل ليس فيها ما يقتضى باعتبار غير مقطوع الدلالة عليه من الافعال ، الا فحوى مادل عليه فى الامضاء ، ويمكن منعها إن لم ترجع الى التنقيح ومنعه لعدم المنقح إن لم يكن اجماعاً كما هو مفروض المسألة .

وأما الاستدلال عليه بأن هذا التصرف لو لم يكن فسخاً لكان ممنوعاً منه شرعاً

(١) الوسائل الباب ١٣ من ابواب الخيار الحديث ١

(٢) الوسائل - الباب ١٢ من ابواب الخيار الحديث ١-٢

لمصادقته ملك الغير على المشهور من الاتقال بنفس العقد ، والاصل في تصرفات المسلمين وقوعها على الوجد السائغ الصحيح فيكون فسخا - كما ترى ، ضرورة عدم انحصار وجه الصحة في ذلك ، ولا يتم في إجراء العقد خاصة عليها ، وكون الفضولي على خلاف الاصل ، لا ينافي قدحه في الدلالة على أن المراد الفسخ به تعبداً كالامضاء ، فلا تنتقح دلالة على ارادة عدم الفسخ به .

نعم لا بأس بذكر هذا الامر مؤيدة بعد دعوى الاجماع على الفسخ بكل ما لو وقع في المنتقل اليه كان اجازة ويكون هو العمدة حينئذ ، لكن في فساد التصرف لو كان بيعا ونحوه ، وصحته وجهان ، بل قولان يتشأن من حصول الملك به ، فلا يحصل شرط الصحة الذي هو سبق الملك ، ومن أن الفسخ يحصل بالقصد المقارن للتصرف ، فيتقدم ويحصل الشرط ، وهو الذي اختاره الكركي وعليه فرّع جواز الوطى له ، وفيه أنه حصل بالقصد لا بالفعل كما هو المفروض ، بل لابد من الالتزام في البيع ونحوه ، كون وقوع تمام الصيغة الذي يحصل به مسمى التصرف ، شرطا كاشفا عن حصول الانساخت قبله آتاما ؛ وهذا وان ارتكبناه في غير المقام ، الا أنه لمكان الدليل المخصوص الدال على الصحة ، والحصر طريق الجمع بينه وبين ما دل على اعتبار سبق الملك بدعوى التقدم الذاتي ، بخلاف المقام الذي لا يتوقف الحكم بالفسخ على صحة التصرف ، بل يكفي ولو كان فاسداً اي لم يترقب عليه أثره ، هذا اذا كان التصرف بالبيع ونحوه .

أما اذا كان بالاتقاع كاللمس والتقبيل والوطى ونحوها ، فيمكن القول بحصول الفسخ بها ، وأنه مقارن للدخول في الملك من غير اثم ، تحكيما لما دل على أن له الفسخ باي فاسخ ، يكون المستفاد من نفس ثبوت الخيار له على ما دل على حرمة التصرف في مال الغير ، بحمله على ما لا يقارنه الملك من التصرف ، خصوصاً مع خفاء اندراج هذا الفرد ، فزمان الفسخ حينئذ والدخول في الملك واللمس واحد . ولا بأس به . فتأمل جيدا فإنه دقيق نافع .

وربما ظهر من الدروس التردد في الجواز، بل صريح التحرير الحرمة، وهو ضعيف لما عرفت، بل يمكن القول به في البيع ونحوه، بناء على منع اعتبار سبق الملك فيه ونحوه لعدم الدليل، بل مقتضى إطلاق الأدلة خلافه، وقوله عليه السلام «لا بيع الا في ملك» (١) لا يقتضي ازيد من اعتبار اصل الملك في البيع، على وجه يشمل المقارن في مثل الفرض لاقل من الشك، وقد عرفت أن مقتضى الإطلاق الصحة في مثل الفرض الذي هو من باب ترتيب المعلومات الغير المتنافية بعلمها، وان كانت العلة في وجود الجميع واحدة، فيترتب حينئذ على التصرف الفسخ، المقتضى لعود الملك للفاسخ، المقتضى لانتقاله منه الى المشتري، المقتضى للاعتاق لو فرض كونه ابا له.

وربما يؤيده ما ذكره في الوكالة، من حصول عقدها بالقبول فعلا من الوكيل، بأن يفعل ما وكل فيه من تزويج أو بيع أو نحوهما، فان الوكالة والبيع حصلا بعة واحدة، و الظاهر عدم زيادة اعتبار الملك في مضي البيع على اعتبار الوكالة فيه، فان بيع الوكيل والمالك سواء في ذلك، وبالجمله لا مانع من تسلسل العلل المترتب على كل منها معلولها، وإن اتحد العلة الاولى معها، نعم لا يعقل حصول المعلومات المتنافية لعله واحدة كما هو واضح، وما يؤكد المقام ظهور ارادة القائل بكون البيع مثلاً فاسخاً الصحيح منه، لا الفاسد الذي يكون فسخه من الدلالة على ارادته، لأنه فسخ بالتصرف، بل هو صريح استدلالهم على الفسخ باصالة الصحة في العقد. والله العالم.

﴿ولو كان الخيار لهما وتصرف احدهما﴾ فيما انتقل اليه من المبيع أو الثمن
 ﴿سقط خياره﴾ بايعا كان أو مشتريا وسواء كان التصرف جائزا كالاتقاع بغير الوطى
 أو غيره كالوطى ونحوه، ان لا تلازم بين حصول الالتزام وحلية التصرف، اذ لا ريب في صدق اسم الاحداث في العين وان كان حراماً، لأن الائتم حكم شرعي لامدخلية له في صدق الاسم كما صرح به في الدروس.

نعم قد يتوقف في صدق الاحداث بالبيع و نحوه، بناء على عدم نفوذ على الخيار للآخر، بل لعل صدق عدم الاحداث عليه اولى، خصوصا بعد تفسير الاحداث في الصحيح (١) بمثل التقبيل واللمس، واحتمال كون التهيأ للصحة ولو بالاجازة احداثا بعيدا. ولكن التحقيق الجواز في الجمع من غير فرق بين العتق وغيره لأن الناس مسلطون على اموالهم» (٢) ولم يثبت مانعية تعلق حق الخيار، وليس فيه إبطال لحق صاحبه، لانتقاله إلى القيمة حينئذ أو المثل، أو أن له التسلط على فسخ العقد الآخر على اختلاف الوجهين أو القولين الذين أقوا هما الاول، لاطلاق ما دل على اللزوم، وانقطاع الملك الحاصل له بالعقد الاول بما وقع له من العقد الثاني، فيقع الفسخ من ذى الخيار على ما ليس بملك له، إلا أنه لما كان الحق متعلقا بالعقد الذى وقع على العين التى نقلها الشارع إلى القيمة أو المثل، فالفسخ يفيد انتقالها إليه كما لو تلف، ولا فرق بين الوطى وغيره من الانتفاعات كما هو ظاهر المحكى عن المبسوط و صريح التحرير، واحتمال الجبل - فتكون أم ولد فيمتنع ردعينها بعد تسليم امتناع الردبه كما هو الأصح - غير صالح لتخصيص ما دل على تسلط الناس على اموالهم، وإلا لامتنع الانتفاع بها في غيره، لاحتمال التلف به أيضا، كما أنه لا فرق بين العتق وغيره، وبناءه على التغيب غير صالح للفرق هنا بعدما عرفت.

ومن ذلك كله ظهر لك ما فى كلام الفاضل فى القواعد فانه جزم بعدم نفوذ بيع المشتري ووقفه وهبته إذا كان الخيار لهما أو للبائع إلا باذن البائع، واستشكل فيه فى العتق وجزم بجواز الوطى له، كباقي وجوه الانتفاع تارة، وترد فيه بالخصوص من بينها أخرى، بل والشهيد فى الدروس حيث أطلق التردد فى جواز تصرف المشتري إذا كان الخيار مختصاً بالبائع، وفى تصرفه ايضا، والبائع مع اشتراك الخيار بينهما، إذ لا إشكال

(١) الوسائل الباب ٢ من ابواب الخيار الحديث ٣١

(٢) البحار ج ٢ ص ٢٢٢ الطبع الحديث

في جواز تصرف المشتري إذا لم يكن وطياً ولا نافلاً.

وكيف كان فالتحقيق ما عرفت، ويؤيده في الجملة ما سلف لهم في الغبن من صحة التصرف، وانتقال ذى الخيار إلى المثل أو القيمة، واحتمال الفرق - بفرض كلامهم هناك في التصرف مع الجهل بالخيار - غير مجدٍ، لأن الظاهر تعلق الخيار فيه حال العقد وإن لم يكن معلوماً، فلو كان حق الخيار مانعاً، أبطل التصرف - إن كان المتصرف جاهلاً وهو واضح. ثم إنه على كل حال يسقط خيار المشتري بالوطى وإن أتم كما عرفت؛ ولو فسخ البايع بعد الاستيلاء إنتقل إلى القيمة عندنا، وعن الشيخ والقاضى أنه يرجع بقيمة الولد والعقر، و هو جيد بناء على عدم الانتقال إلا بعد انقضاء الخيار وكان الوطى شبهة، لكن ستعرف ما في المبني عليه.

ولا فرق فيما ذكرنا بين اشتراك الخيار بينهما واختصاصه باحدهما، فللبيع التصرف في ثمنه وإن كان الخيار مختصاً بالمشتري كالعكس، ولو تصرف كل منهما أو احدهما فيما انتقل عنه كان فسخاً كما عرفت، ولو كان الخيار لاحدهما ونقلهما معاً دفعة ببيع و نحوه بطل، للتدافع بين الفاسخ والملزَم من الشخص الواحد، و الظاهر البقاء على أصل الخيار، و احتمال تقديم الاول أو الثانى هنا ضعيفان، وان جزم بالاول في التحرير ولو كان التصرف فيهما من غير ذى الخيار وقف على الاجازة، بناء على جريانها في نحو حق الخيار و مع حصولها لهما معاً يسقط الخيار، وله على اشكال - ابطال التصرف في المنتقل اليه اجازة الاخر مع إبقاء حق الخيار و الرجوع بالقيمة حينئذ، وليس له ابقاؤه مع اجازة التصرف في ماله. ولو كان الخيار مشتركاً بينهما فتصرف المشتري مثلاً فيهما ففي القواعد « صح ما تضمن الفسخ من التصرف، بخلاف الاخر الذي فيه ابطال حق البايع » وفيه اولا أنه لا يتم على المختار، وثانياً - أنه وإن كان باطلاً بناء على منع حق خيار البايع الا - أنه يحصل به الالتزام و سقوط الخيار، كما صرح به في التحرير و جامع المقاصد في غير المقام فيتدافع حينئذ مع ما يقتضى الفسخ المتوقف صحته على عدم الالتزام؛ فالأقوى اتحاد

الحكم فيها مع الاولى. والله اعلم،

﴿ولو أذن أحدهما﴾ بالتصرف فيما انتقل اليه ﴿وتصرف الآخر﴾ فيما انتقل اليه أيضاً ﴿سقط خيارهما﴾ قال في الشرح: «أما خيار المتصرف فواضح، وأما الأذن فوجه سقوط خياره دلالة الأذن على الرضا، فيكون التزاماً من البائع بالبيع، وأما من المشتري فلأن تصرف البائع يبطل البيع؛ فلا يبقى لخيار المشتري أثر، ولو لم يتصرف المأذون لم يبطل خياره.

وفي بطلان خيار الأذن نظر من دلالة على الرضا المزيل لحقه، ومن عدم منافاة الرضا بزوال الخيار، لأن غايته قبل وقوعه أن تكون الإزالة بيده، وهي لا تقتضي الزوال بالفعل، وأطلق جماعة كونه مبطلاً، وعدم البطلان أوضح. ولو كان التصرف غير ناقل للملك، ففي إبطاله الخيار الآذن نظر، لعين ما ذكر» وفيه - بعد تسليم إرادة كون التصرف والآذن في المبيع من كل منهما من العبارة وما ضاهاها - أن الآذن فيما إذا كان المتصرف البائع لمدخلية لها، ضرورة استناد الفسخ حينئذ إلى تصرف البائع، أذن له المشتري أو لم يأذن؛ أما الثاني فواضح، كالأول مع فعل المأذون، بل لعله كذلك وإن لم يفعل، لدلالة الآذن بفعل الملمزم، على إرادة الالتزام واسقاط الخيار، بل لعل نفس الأذن بالتصرف من الأحداث فيه، ويحتمل العدم، لمنع الدلالة في الأول، للفرق بين إنشاء الالتزام، وبين إرادة ما يحصل به الالتزام، وصحة السلب في الثاني، وكأنه لا يخلو من قوة خصوصاً مع ملاحظة استصحاب الخيار.

وفي تعليق الإرشاد «واعلم أن مجرد الآذن في هذه التصرفات من دون فعل لا يكون إجازة ولا فسخا كما هو مصرح به في كلامهم»، قلت: ومن ذلك ينقذ الإشكال في الالتزام بالعرض على البيع، إذ هو أعم من إنشاء الالتزام، لا يمكن حصوله مع التردد في الفسخ والإجازة، ودعوى الظهور في الالتزام ممنوعة، على أنه - بعد التسليم - مبني على حجية ظواهر الأفعال في مثل ذلك، وإن كان قديوييد القول بها

ج ٢٣ (فى انه لو أذن احد المتبايعين بالتصرف وتصرف الآخر سقط خيارهما)

هنا الاجماع على سقوطه بالتصرف الذى هو غير قاطع ، لكنه لا يتم بناء على أن السقوط به تعبدى ، لامن حيث الدلالة كما سمعت قوله فيما تقدم .

نعم يمكن الاستدلال على الالتزام بالعرض بخبر السكونى (١) « فيمن اشترى ثوباً بشرط ، فعرض له ربيع فاراد يبعه ؟ قال : فليشهد أنه قد رضيه واستوجبه ، ثم ليبعه إن شاء ، فان أقامه بالسوق ولم يبعه فقد وجب عليه البيع » وهو - مع اشتماله على مالا يقول به ، من اشتراط بيع ذى الخيار ، بالاستيجاب قبل البيع - يمكن منع دلالاته ، لاحتمال إرادة إقامة المستوجب فى السوق منه ، فيكون حاصله أنه مع الاستيجاب يسقط الخيار إن لم يبعه ، ومتى قام الاحتمال ، بطل الاستدلال ، بعد منع الظهور فلا حظ وتأمل .

ثم لا يخفى عليك أن ذلك كله يجري فى الاذن بما يقتضى الفسخ ، و العرض الذى يقتضيه ايضاً ، و لو أذن أحدهما للآخر فى نقل ما انتقل اليه - بناء على عدم الجواز مع تعلق حق الخيار ، وفعل المأذون - سقط خيار المتصرف قطعاً ، وأما الاذن فقد جزم الكركي وثانى الشهيدين وغيرهما بالسقوط ايضاً بل قد يظهر من التذكرة الاجماع عليه ، وعلمه فى الجامع بعدم امكان فسخ العقد الواقع باذنه ، قال : « وأما اذا لم يبيع ففي كون مجرد الاذن اجازة إشكال ، ومثله الاذن فى سائر التصرفات الغير الناقلة للملك »

قلت : يظهر وجه الاشكال فى الاول مما ذكرناه أولاً ، لأن مرجعه إلى أن الاذن فى الملزم ملزم أولاً ، وقد سمعت الكلام فيه ، إلا أنه غير جار فيما ذكره من التصرفات الغير الناقلة التى هى إذا وقعت إنما تلزم بالنسبة الى المتصرف ، فالاذن فيه لا يستفاد منه التزام الاذن بوجه من الوجوه ، إلا اذا كان المراد من الاذن دفع ما حصل بسببه المنع اى الخيار ، وحينئذ لا ينبغى التوقف فى السقوط . وإن لم يفعل

المأذون ، الا أن في دلالة الإذن بالتصرف - خصوصا إذا كان خاصاً على ذلك - منعاً واضحاً .

اللهم أن يدعى أن حجب الخيار لا يرتفع شرعاً مع بقاءه ، فالإذن في أي تصرف تستلزم رفعه ، وهو أوضح منعاً ، وكان الوجه - في الالتزام بالإذن بالتصرف الناقل مع وقوعه - أن حق الخيار متعلق بالعين وهو الذي أذن في نقلها ، و الأصل براءة الذمة من الانتقال الى المثل أو القيمة ، وينبغي أن يلحق به الإذن بالوطني المتعقب للاستيلاد ، بل كل تصرف يمنع من الرد ، و في إلحاق الإذن في النقل المتزلزل كالبيع بالخيار والهبة إشكال ، فديظهر من التذكرة الأول وأند متفق عليه بيننا .

ومن ذلك كله يظهر لك ما في جامع المقاصد والمسالك وغيرهما فلاحظ و تأمل . كما أن منه يظهر وجه النظر فيما ذكره العلامة الطباطبائي في مصابحه من وجوه قال : دو كما يسقط الخيار بالتصرف فكذا بالإذن فيه كما في الشرايع والتذكرة والقواعد والارشاد والتنقيح لدلالته على الالتزام في المنقول عنه ، والفسخ في المنقول اليه ، فان تصرف المأذون سقط خيارهما و الافخيار الآذن ، و استشكله المحقق الكركي والشهيد الثاني وغيرهما ، لعدم ظهور الدلالة ، و لان التمكن من الإزالة غير الزوال بالفعل ؛ ويضعف بأن مقتضى الإذن رفع الحجر من قبل الآذن ، ولأمانع غير الخيار فيرتفع بالإذن ، ولا يتوقف على وجود التصرف ، وإلا لكان السقوط بالتصرف المأذون فيه ، دون الإذن ، كما اعترفوا به ، فان الآذن لم يوجد منه سوى الإذن ، فان لم يسقط الخيار به لم يسقط بالتصرف الذي هو فعل غيره ، فتأمل جيداً . والظاهر ان التصرف من المتعاقدين لا يسقط خيار الاجنبي ، بل ولا خيار المؤامرة قبل الأمر بالفسخ ، للأصل ، ولا خيار تأخير الثمن قبل الثلاثة اذا فرض إمكانه قبل القبض على اشكال .

المسألة الثالثة : اذا مات من له الخيار انتقل الى الوارث من أي أنواع الخيار

كان **﴿** بلا خلاف معتد به ، بل ظاهر هم الاجماع ، بل عن بعضهم دعواه صريحاً ، للنسبوى (١) المنجبر بالعمل « ما ترك ميت من حق فهو لوارثه » المؤيد بعموم غيره كتابا (٢) وسنة (٣) وما في القواعد من احتمال سقوط خيار المجلس بالموت - فيما لومات احدهما ، لأولوية مفارقة الدنيا من مفارقة المجلس - ليس خلافاً في المسألة عنها التأمل ، على أنه في غاية الضعف ، ضرورة إرادة التباعد بالمكان الظاهر في الجسم من الافتراق ، لافي الروح التي لم يعلم مفارقتها للمجلس ، فلاربع حينئذ في انتقاله الى الوارث .

نعم في القواعد « إن كان الوارث حاضر أفي المجلس إمتد الخيار مادام الميت والآخر في المجلس ، وإن كان غائبا إمتد الى أن يصل اليه الخبر إن أسقطنا اعتبار الميت ، وهل يمتد بامتداد المجلس الذي وصل فيه الخبر ؟ نظر » وفيه أنه اذا سقط اعتبار الميت امتنع الحكم ببقاء الخيار ، لانقضاء متعلقه ، وهو عدم تفرق المتبايعين ، بل الحكم ببقائه دعوى لاستندلها ، وأبعد من ذلك إمتداده بامتداد المجلس الذي وصل فيه الخبر الذي هو ليس مجلس البيع ، خصوصاً مع تعدد الوارث القاضي بمراعاة مجلس كل واحد منهم ، بل إما أن يجعل على الفور أو على التراخي ، ومن ذلك يعلم ما في المسالك قال : « ولو كان الوارث غائبا عن المجلس ، ففي ثبوته له حين بلوغه الخبر فورياً ، أو إمتداده بامتداد مجلس الخبر ، أو سقوط الخيار بالنسبة الى الميت ، أوجه »

نعم ما فيها ايضاً من أنه لو قيل بثبوت الخيار للوارث إذا بلغه الخبر وامتداده الى أن يتفرق الميت ومبايعه كان وجهاً جيداً ، بناء على اعتبار الميت حال حضور الوارث في المجلس ، وأقرب من ذلك كله - وإن لم اجد من ذكره - ثبوته للوارث مطلقاً ، للأصل

(١) لم نعثر على هذه الرواية في كتب الاحاديث من العامة والخاصة بعد الفحص عنها في

مضائنا وان استدلوا بها في الكتب الفقهية كالرياض ومفتاح الكرامة وغيرها

(٢) سورة البقرة الاية ١٨٠ وسورة النساء الاية ٧

(٣) الوسائل الباب من موجبات الارث

بعد تعذر حصول الافتراق الاختياري بين البيعين ، كما عرفت مفصلاً فيما لو اكره أحدهما على الافتراق ، وأنه لا يسقط خيار المكره والآخر أيضاً وإن فارق اختياراً . فلاحظ وتأمل . فلاحاجة حينئذ السى اعتبار تفرق الوارث ، وأنه على تقديره - وفارق أحد الورثة لم يؤثر ، لعدم صدق افتراق المتبايعين ، نظراً الى قيام الجميع بمقام الموروث ، مع احتمال له أيضاً نظراً الى ثبوت الخيار لكل من الوارث على جهة الاستقلال ، فافتراقه يؤثر في سقوط خياره ، إلا أنه لو فسخ الآخر مضى عليه ، كما لو تعدد ذوالخيار ، ولا ينزل على حصته لعدم اشاعة حق الخيار في العين ؛ ولذا لم يجز للمورث أن يفسخ في البعض ، وليس للوارث ، إلا ما كان للمورث .

و من ذلك يتضح لك الحال في كل خيار ورثته متعددون ، وأنه يقدم الفاسخ منهم على الملزم ، لأنه لما علم عدم قابلية الخيار للتوزيع في نفسه - ضرورة عدم معقولية نصف الخيار ورثته مثلاً ، وعدم تبعيته أيضاً قسمة العين ، لم اعرفت من عدم الاشاعة ، وكان يمكن إبقاء النبوي وغيره مما دل على انتقال الحق كان لكل واحد من ورثته على ظاهره لتعقل تعدد من لهم الخيار ، بخلاف المال الذي لا بد من تنزيل نحو ذلك فيه على ارادة الاشتراك ، لعدم تعدد المالك شرعاً لمال واحد بخلاف محل البحث - اتجه القول بثبوته حينئذ لكل واحد منهم ، وأنه يقدم الفاسخ منهم على الملزم ، كذوى الخيار فتأمل جيداً فإنه دقيق .

ثم لا يخفى أنه لا فرق في ارث الخياريين حصوله فعلاً للميت ، وبين حصول سببه ، فينتقل خيار التأخير ، وإن مات البايع في الثلاثة ، كخيار رد الثمن وخيار الشرط بعد شهر مثلاً ونحو ذلك ، إذ هو حق أيضاً ينتقل بالارث كخيار المؤامرة ، فاذا مات المستأمر بالكسر انتقل حقه لورثته ، اما المستأمر بالفتح فالظاهر عدمه ، لظهور ارادة المباشرة من اشترط استيماره ، ولأنه لاحق له عند التأمل ، اذ لزوم العقد عند أمره بالالتزام لا بالالزام في العقد ، ولا يجب اتباع أمره بالفسخ ، وإن كان للمستأمر بالكسر الفسخ

عنده، إلا أن ذلك يقضى بكونه حقاً له، لا للمستأمر بالفتح كما هو واضح .
 بل لا يبعد ذلك في المشتراط له الخيار إذا كان الشرط على جهة المباشرة، فإذا مات
 لم ينتقل لورثته، لسقوط الحق بعد فرض اشتراطها بموته، وليس ذا شرط لعدم الإرث
 كي يكون باطلاً، بل يمكن رد إشتراط عدم الإرث إليه في بعض الأحوال فيصح .
 أما إشتراط الخيار للأجنبي لا على جهة المباشرة، فقد بقى انتقاله أيضاً إلى وارثه
 لا إطلاق النص والفتوى وبه صرح الفاضل في التحرير خلافاً له في القواعد، ودعوى أنه
 إنما يورث تبعاً للمال لأشاهد عليها، بل يكفي فيه تعلقه بالمال كالشفعة، بل قد يورث
 ما لا تعلق له بالمال؛ كحق القذف ويقرب منه حق القصاص .

ومن ذلك يظهر لك قوة القول بإرث الزوجة غير ذات الولد ، للخيار فيما إذا
 اشترى أرضاً ولد الخيار، أو باعها كذلك ، وإن استشكل في أحدهما الفاضل في القواعد
 على أن حق الخيار في الثاني منهما قد تعلق بالثمن الذي إنتقل إليها بالإرث، فيتبعه الخيار،
 وإن كان لو فسخت حرمت ، إلا أن ذلك لم يثبت مانعته من الإرث، كعدم ثبوت
 اشتراط إرثه بالتبعية لعين، فلها أن تفسخ في الأول أيضاً وترث من الثمن . والله أعلم بحقيقة
 الحال .

﴿ ولو جن ﴾ ذوالخيار ﴿ قام وليه مقامه ﴾ كما في غيره من أمواله وحقوقه
 ويجري في خيار المجلس ما يقرب مما سمعته في الموت ، وفي المسالك ومثله مالو
 خرس ولم يمكنه الإشارة المفهمة والاعتبرت إشارته كاللفظ ﴿ و ﴾ على كل حال
 ﴿ لو زال العذر لم ينقض تصرف الولي ﴾ الجامع لشرائط الصحة التي منها مراعات
 الغبطة والمصلحة ، أو عدم المفسدة على ما هو محرر في محله .

﴿ ولو كان الميت ﴾ الذي له الخيار ﴿ مملوكاً ماذوناً ثبت الخيار لمولاه ﴾ إذا
 كان البيع أو الشراء للمولى ، اذ ذلك له قبل موته ضرورة تبعيته للمال .
 أما لو فرض ثبوته للعبد نفسه ، كما لو اشترط مثلاً فالاً قرب عدم انتقاله

للمولى كما سمعته فى الاجنبى ولو كان ذلك فى ماله ، « لو كان البيع لأجنبى وشرط الخيار للعبد ففي التحرير هو للمولى ايضاً على اشكال ، قلت : لعله من عدم الدليل على ثبوت كل ما للعبد حتى الفرض للمولى ، وفيه أن الآية (١) وغيرها مما استدل بدعلى ذلك يشمل الأموال والحقوق ، فلا يبعد حينئذ انتقاله للمولى حال الحياة ، فضلاً عن الموت ، بل لعل ذلك هو المدار فى الانتقال بالموت ، ومنه حينئذ يظهر أنه لامدخلة للموت فى ذلك ، اذفى مصابيح العلامة الطباطبائي الاجماع على أن الحر لا يرث العبد ، و فى الصحيح المروى (٢) بطرق متعددة عن ابي جعفر وابى عبد الله عليهما السلام «أنه لا يتوارث الحر والعبد» كما أن منه يظهر ما فى القواعد ايضاً قال : «لو كان الميت مملوكاً ماذونا فالخيار لمولاه ولو شرط المتعاقدان الخيار لعبد احدهما ملك المولى الخيار ، و لو كان لاجنبى لم يملك مولاه ، ولا يتوقف على رضاه اذا لم يمنع حق المولى ، ولومات لم ينتقل الى مولاه » فتأمل والله اعلم .

المسألة ﴿الرابعة﴾ المشهور نقلاً و تحصيلاً بل فى التذكرة الاجماع على أن ﴿المبيع يملك﴾ به المشتري فى زمن الخيار ﴿بالعقد﴾ كالمحكى عن ابن ادريس نسبته الى الأصحاب مشعراً بدعوى الاجماع عليه ، ويؤيده تعريف الفقهاء البيع بنقل الملك ؛ أو انتقاله ، أو الأيجاب و القبول الناقلين للملك ، واتفاقهم على كونه من الاسباب المملكة ، وثبوت الخيار الظاهر فى التملك وجواز التصرف بالمستلزم له .
﴿وقيل﴾ والقائل ابن الجنيد فى المحكى عن ظاهره و ابن سعيد فى جامعه ﴿به و بانقضاء﴾ مدة ﴿الخيار﴾ مع عدم الفسخ ، وجعل الشيخ الاقرافى فى كتابى الأخبار شرطاً فى إستباحة الملك . بل صرح فى الاستبصار منهما باشرطه فى صحة العقد ، وكلامه فى النهاية لا يأتى التنزيل على المشهور كالمقنعة ، بل عن الشهيد احتمالاه ايضاً فى كلامه فى الخلاف ، الا

أنه بعيد ، قال فيد : «العقد يثبت بنفس الإيجاب و القبول ، فإن كان مطلقاً فإنه يلزم بالافتراق بالأبدان ، وإن كان مشروطاً يلزم بانقضاء الشرط - فإن كان الشرط لهما أو البايع فإذا انقضى الخيار يملك المشتري بالعقد المتقدم ، وإن كان الخيار للمشتري وحده زال ملك البايع بنفس العقد . لكنه لم ينتقل الى المشتري حتى ينقضى الخيار ، فإذا انقضى ملك المشتري بالعقد الاول » وذكر اللزوم أولاً ، ومعروفة بقاء الملك بالمالك ، لا بى حنيفة ، ومالك ، لا يقتضى بارادة اللزوم من الملك المستلزمة لبطالان التفصيل حينئذ .

نعم كلامه فى بيع المبسوط لا يأبى التنزيل عليه ، بل ما ذكره فى كتاب الفلس منه ظاهر فى ذلك إن لم يكن صريحاً . وسار وإن كان قد جعل تفرق المتبايعين شرطاً ، لكنه قال : «ولو تفاوضا ولم يفترقا بالأبدان كان البيع موقوفاً ، كما أن أبا الصلاح نص فى المحكي عنه على أنه شرط فى الصحة» ثم قال : «واعتبرنا الافتراق بالأبدان لتوقف مضيه عليه »

وكيف كان فالذى تحصل من كلام الاصحاب اقوال ثلاثة ، المشهور ، والتوقف على انقضاء الخيار ، والتفصيل بين خيار المشتري وحده ؛ وغيره فيخرج عن ملك البايع فى الاول دون غيره ، ﴿ ولا ريب فى أن ﴾ الاول اظهر ﴿ وأصح لصدق التجارة عن تراخى قبله ، وعدم معقولة غير ترتب الاثر من التحليل للبيع الصادق عليه قبل انقضاء الخيار قطعاً ولأن المقصود للمتعاقدين والذي وقع التراضى عليه بينهما انتقال كل من الثمن والمثمن حال العقد ، فهذه المعاملة إما صحيحة كذلك عند الشارع و يثبت المطلوب ، أو باطلة من أصلها ، لأنها صحيحة على غير ما قصده وتراضيا عليه ، وإثبات الخيار منهما أو من الشارع إن لم يؤكّد ذلك لا ينافيه ، فالمقتضى للملك حينئذ موجود والمانع منه مفقود .

وموثق إسحاق بن عمار (١) وخبر معاوية بن ميسرة (٢) المتقدمين في خيار تأخير الثمن ، المصريحين بكون المبيع ملكاً للمشتري و الثمن ملكاً للبائع في السنة التي اشترط فيها الردّ بـ الثمن ، بناء على أن ذلك مدة الخيار وقد عرفت الحال فيه سابقاً ويمكن تنزيلهما على إرادة اشتراط سلطنة الفسخ بالطريق المخصوص الذي هو رد الثمن ، فيكون حينئذ ذلك كله مدة خيار ولا يحتاج إلى فسخ زائد على الرد كما هو ظاهرهما ، إلا أنه ينافيه ما ذكرناه سابقاً . فلاحظ وتأمل .

وموثق غياث بن ابراهيم (٣) عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام «إذا صنف الرجل على البيع فقد وجب وإن لم يقرقا» و موافقة ذيله للتقية غير مانع من الاستدلال باطلاقه ، وخبر عقبة بن خالد (٤) المتقدم في خيار تأخير الثمن وصحيح بشار بن يسار (٥) «سئل الصادق عليه السلام عن الرجل يبيع المتاع ، ويشتره من صاحبه الذي يبيعه منه ؟ قال : نعم لا بأس به ، قلت : أشتري متاعي ؟ فقال : ليس هو متاعك ولا بقرك ولا غنمك»

وحسنة الحسين بن منذر (٦) قال للصادق عليه السلام : «يجيئني الرجل فيطلب العينة ، فأشتري له المتاع من أجله ، ثم أبيعها إياه ، ثم أشتريه مكانى ؟ فقال : إذا كان له الخيار إنشاءً باع وإن شاء لم يبع ، وكنت أنت أيضاً بالخيار ، إن شئت اشتريت وإن شئت لم تشتر فلا بأس» وصحيح محمد بن مسلم (٧) «سئل أبا جعفر عليه السلام عن رجل أتاه رجل فقال : ابتع لي متاعاً علي أشتريه منك بنقد أو نسيئة ، فابتاعه الرجل من أجله قال : ليس به بأس إنما تشتريه

(١) (٢) الوسائل الباب ٨ من أبواب الخيار الحديث ٣ و ١

(٣) الوسائل الباب ١ من أبواب الخيار الحديث ٧

(٤) الوسائل الباب ١٠ من أبواب الخيار الحديث ١

(٥) الوسائل الباب ٥ من أبواب أحكام العقود الحديث ٣

(٦) الوسائل الباب ٥ من أبواب أحكام العقود الحديث ٢

(٧) الوسائل الباب ٨ من أبواب أحكام العقود الحديث ٨ الجواهر ١٠

منه بعدما يملكه « و صحيح منصور بن حازم (١) عن الصادق عليه السلام « في رجل أمر رجلاً أن يشتري له متاعاً ، فيشتريه منه ؟ قال : لا بأس بذلك ، إنما البيع بعد ما يشتريه » والنصوص (٢) المتضمنة لكون مال العبد للمشتري مطلقاً ، أو مع الشرط و علم البائع من دون تقييد بانقضاء الخيار ، والنبوي (٣) « الخراج بالضمان » الذي معناه أن الربح في مقابلة الخسران ، فإن الخراج إسم للمفائدة الحاصلة في المبيع ، والمراد أنها للمشتري ، كما أن الضرر الحاصل بالتلف عليه ، فهو دال على المطلوب ، وإن كان مورد الحديث خيار العيب ، والحكم ثابت فيه بلا خلاف كما قيل ؛ بل لا يبعد أن يكون الخلاف في خصوص خيار الحيوان ، والمجلس والشرط الذي لم يسبق بلزوم العقد وأما هو فقد عرفت الحال فيه سابقاً .

كل ذلك مع عدم دليل معتبر للمخالف ، خصوصاً التفصيل ، عدا دعوى قصور العقد فلا يفيد المالك وهو كماري . نعم قد استدل له بصحيح ابن سنان (٤) « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يشتري الدابة أو العبد يشترط إلى يوم أو يومين فيموت العبد أو الدابة ، أو يحدث فيه حدث : على من ضمان ذلك ؟ فقال : على البائع حتى ينقضي الشرط ثلاثة أيام ويصير المبيع للمشتري ، شرط له البائع أولم يشترط ، قال : وإن كان بينهما شرط أيام معدودة فهلك في يد المشتري فهو من مال البائع » و خبر عبد الرحمن بن أبي عبد الله (٥) قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى أمة بشرط من رجل يوماً أو يومين ، فماتت عنده وقد قطع الثمن على من يكون

(١) الوسائل الباب ٨ من أبواب أحكام العقود الحديث ٦

(٢) الوسائل الباب ٧ من أبواب بيع الحيوان

(٣) المستدرک ج ٢ ص ٢٧٣

(٤) و (٥) الوسائل الباب ٥ من أبواب الخيار الحديث ١ و ٢

الضمان؟ فقال: ليس على الذي اشترى ضمان حتى يمضي شرطه « ومرسلة ابن رباط (١) عن الصادق عليه السلام « إن حدث بالحيوان حدث قبل ثلاثة أيام فهو من مال البائع » لأنها لا تصلح لمعارضة الروايات المتقدمة ، لرجحانها بالكثرة و المطابقة للاصول ، والاجماع المنقول ، وظاهر الكتاب ، والشهرة بين الاصحاب ومخالفة اكثر الجمهور ، فتعين التأويل في هذه ، بحمل الصيرورة فيها على اللزوم جمعاً بين الاخبار .

وأما ضمان البائع ﴿ و ﴾ هو وإن كان على خلاف الأصل لأنه قد ثبت بالدليل في صورة اختصاص المشتري بالخيار كضمان البائع المبيع قبل القبض ، وقد ظهر لك من ذلك كله أنه ﴿ لو تجدد له ﴾ أي المبيع ﴿ نماء ﴾ بين العقد وانقضاء الخيار ﴿ كان للمشتري ﴾ لأنه نماء ملكه ﴿ و ﴾ حينئذ ﴿ لو فسخ ﴾ المشتري ﴿ العقد ﴾ مثلاً ﴿ رجع على البائع بالثمن ولم يرجع البائع ﴾ عليه ﴿ بالنماء ﴾ الذي هو له على المختار .

نعم هو للبائع على القول الآخر إن فسخ ، بل وإن لم يفسخ ، بناء على الملك من حين الانقضاء كما هو ظاهر القول المحكي في المتن وغيره . أما على احتمال ارادة الكشف في كلام الشيخ فهو للمشتري ايضاً ، واحتمله الشهيد في كلام الشيخ في الخلاف ، ولعله أخذه من قوله بالعقد الاول ، ويمكن ارادة حصوله به بحمل السببية على الناقصة ، و حينئذ يشكل تبعية النماء فيما اذا كان الخيار للمشتري خاصة على كلام الشيخ ، لعدم ملكية الاصل عنده لاحد المتعاقدين ؛ ولعله يلتزم دخوله في ملك المشتري إن لم يفسخ ، والبائع إن فسخ كالأصل .

وعلى كل حال فهذا من فائدة الخلاف في المسألة كالأخذ بالشفعة ، وابتياح الزوجة ، وبيع من ينعتق على المشتري وجريان المبيع في حول الزكاة إن كان زكويًا ، وغير ذلك ، والثن في ذلك كله كالمبيع ، إجماعاً محكياً إن لم يكن محصلاً ، لاستحالة انتقال

أحد العوضين دون الآخر، بخروجه عن حقيقة المعاوضة واستلزامه الجمع بين العوض والمعوض . والله اعلم

المسألة ﴿الخامسة إذا تلف المبيع﴾ الشخصي ﴿قبل قبضه﴾ بآفة سماوية في غير الثلاثة في تأخير الثمن ﴿فهو من مال بايعه﴾ إجماعاً بقسميه ، إذا لم يكن باعته من المشتري أو برضاً منه بالبقاء في يد البائع ، بعد تمكينه منه وعرضه عليه ، للنبوى (١) المنجبر بعمل الأصحاب كافة «كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بايعه» المعتزدمع ذلك بخبر عقبة بن خالد (٢) المتقدم في خيار تأخير الثمن.

أمّا التلف في الثلاثة فقد عرفت البحث فيه سابقاً ، وأن الأقوى فيه ذلك ، كما أن الظاهر كونه من مال المشتري إذا كان عدم القبض لامتناع منه ، بخلاف أجده فيه ، لا أصل السالم عن معارضة القاعدة المزبورة بعد الصرافها إلى غيره ، بل قد يقال : بذلك أيضاً فيما إذا كان التأخير بالتماس منه بعد العرض عليه والتمكين منه ، وفقاً لجماعة ، إمّا لأن مثله يسمى قبضاً ، أولاً لأن المراد من النبوى غيره ، بل في الغنية والمحكي عن ظاهر الخلاف الإجماع عليه ، لكن دعوى صدق اسم القبض بذلك فيما لا يكفي فيه التخلية ممنوعة ، كمنع قيام ذلك مقام القبض الراجع للضمان الذي هو مقتضى الاستصحاب مطلقاً أو في بعض الأحوال ، وخبر عقبة الظاهر في أن المشتري هو الذي تركه في يد البائع ، فالقول بالضمان لا يخلو من قوة إن لم يكن إجماعاً ، ولم نقل بأن مثله قبض .

نعم يمكن دعوى إنسياق التلف بالآفة السماوية ، فلو تلفه أجنبي لم يضمنه البائع ، واستحق المشتري عليه المثل أو القيمة ، وقيل : بالتخيير بين ذلك والفسخ والرجوع بالثمن ، بل هو المشهور بينهم ، بل لا خلاف أجده بينهم ، لكن لا دليل عليه ،

(١) المستدرک ج ٢ ص ٤٧٣

(٢) الوسائل الباب ١ من ابواب الخيار الحديث ١

بل لعل مقتضى الدليل خلافه ، بل لعله كذلك إن أئلفه البايع ايضاً ، لأصالة لزوم ، لكن قد يظهر من خبر عقبة بن خالد أنه من ضمان البايع مطلقاً حتى يقبضه المشتري إلا أنه محتاج الى الجابر في تخصيص القاعدة ، لتعبير أكثر الأصحاب أو جميعهم بمضمون النبوي الظاهر فيما عرفت ، ويمكن حمل السرقة في خبر عقبة على الآفة السماوية ؛ باعتبار عدم تعيين من يرجع اليه بالمثل أو القيمة ، ولو أئلفه المشتري فالظاهر أنه بمنزلة القبض ، ونظر فيه في الرياض ، ولعله لظهور خبر عقبة فيما عرفت ، فيفسخ العقد ويرجع البايع عليه بالمثل أو القيمة ، وستسمع لهذا البحث تمة انشاء الله تعالى في باب القبض وفي باب بيع الثمار ، بل قد يقال ، إن الانصاف شمول النبوي لجميع صور التلف . بآفة أو غيرها ، إلا أن يكون اجماع على البعض ، أو شهرة عليه بحيث يضعف الظن بارادته منه .

وكيف كان فالنماء بعد العقد قبل التلف للمشتري كما في المسالك وغيرها ، بل قيل انه يظهر منه دعوى الوفاق عليه ؛ لأنه نماء ملكه فالقاعدة و استصحاب الحالة السابقة يقضيان ^{بأن} الفسخ من حينه فاحتمال كون الفسخ من الاصل - كما عن التذكرة حكايته - ضعيف .

لكن في الرياض « أنه ينافي الفسخ من حينه ظاهر النص و فتوى الجماعة ، فيحتاج الى تقدير دخوله في ملك البايع آنأ ما يكون التلف كاشفاً ، مثل دخول الدية في ملك الميت ، والعبد المأمور بعثقه في ملك المعتق عنه » قلت : قد لا يحتاج الى هذا التقدير ، ويكون المراد من النص والفتوى أن حكم هذا التالف حكم مالٍ كان مالا للبائع ، أي لا يستحق بالعقد ثمننا على المشتري ، بمعنى أنه يبطل أثر العقد بالنسبة الى ذلك وإن كان قد تلف وهو على ملك المشتري ، وأقصاء تحكيم النبوي المنعبر بعمل الأصحاب على غيره مما يقتضى خلافه ، وكان مقصود المقدر مراعات رجحان الجمع على الطرح . والامر سهل .

ثم إن مقتضى الأصل بعد اختصاص النص و القتوى بالمبيع ، كون تلف الثمن من البايع ، لكن عن ظاهر بعض الاصحاب إلحاقه بالاول مشعرا بدعوى الوفاق عليه وعلى ارادته من المبيع . ارادة المشتري من البايع ، التفاتا الى صدقهما عليها لغة ، وفى الرياض «إن نم والافالمسألة محل إشكال لكن ظاهر الخبر الثانى اى خبر عقبة العموم فلا باس به» قلت : لإجماع قطعاً ، و ارادته من النبوي كما ترى ، وخبر عقبة إنما يدل بعد القبض ، ويمكن حمله على كون الثمن كلياً كما هو الغالب ، والضمان فيه أعم من الانقضاء الحاصل بتلف المبيع ، على أنه لا جابر له بالنسبة الى ذلك فتأمل جيداً . وتلف بعض المبيع من مال بايعه كتلف الجميع ، والظاهر ثبوت الخيار فى الباقي لبعض الصفقة ، ولو كان المبيع كلياً وتصور تشخصه بغير القبض ، لحقه الحكم مع صدق اسم المبيع عليه ، ولو كان كلياً من جهة ، شخصياً من أخرى ، كصاع من صبرة وقد تلفت اجمع فهو كالشخصي والله اعلم .

﴿وإن﴾ كان قد ﴿تلف﴾ المبيع ﴿بعد قبضه﴾ بأفة أو بغيرها ﴿وبعد انقضاء﴾ مدة ﴿النصار فهو من مال المشتري﴾ بلا خلاف ولا إشكال ، ويرجع على من له الرجوع عليه بالمثل أو القيمة ﴿وإن كان﴾ تلفه بعد القبض بأفة ﴿فى زمن الخيار من غير تفريط﴾ من المشتري ﴿وكان الخيار للبايع﴾ خاصة ﴿فالتلف من﴾ مال ﴿المشتري﴾ ايضاً لأنه ملحقه على المختار ، و للنصوص السابقة (١) فى بحث خيار رد الثمن بناء على أنها من مدة الخيار .

﴿وإن كان الخيار للمشتري﴾ خاصة ﴿فالتلف من﴾ مال ﴿البايع﴾ إجماعاً بقسميد ، للنصوص المتقدمة (٢) فى دليل القائل بعدم الملك حتى ينقض الخيار ، و الصحيح منها صريح (٣) فى خيار الشرط والحيوان ، ولعلمهما المرادان من المتن و

(١) و (٢) الوسائل الباب ٨ من ابواب الخيار

(٣) الوسائل الباب ٨ و ٥ من ابواب الخيار الحديث ١-٣

غيره ، بقرينة ذكر المدة والزمن ونحوهما ، لعدم ضبط مدة معلومة لغيرهما من الخيارات كما أشار اليه العلامة الطباطبائي في مصابحه في خيار تاخير الثمن ؛ حتى خيار المجلس ، على أن الخيار فيه لهما معا ، وستعرف أن الحكم على القواعد مع اشتراك الخيار ، فلا ريب في عدم ارادة غيرهما من المتن ونحوه ، سيما على القول بالفورية في كثير منها ، فيقتصر فيما خالف الضوابط كالصورة الاخيرت عليهما خاصة ، فيحكم حينئذ بانفساخ العقد فيها ورجوع الثمن الى المشتري ، كالتلف قبل القبض .

نعم لا فرق فيها بين كون الخيار للمشتري خاصة ، أو له مع الاجنبي من طرفه كما صرح به غير واحد ، بل كانه إجماع عملا بالاطلاق ، بل قد يظهر من تعليق الارشاد أن الخيار للأجنبي من طرف المشتري كخياره ، و مقتضاه أن التلف من البائع أيضاً لو كان للأجنبي من طرفه خاصة ، وفيه أنه بعد البناء على أنه تحكيم لاتوكيل - لا يشمله الصحيح المزبور ، فيشكل الحكم المذكور المخالف للقواعد من وجوه فيه ، بل إن لم ينقد إجماع على إلحاق خيار الأجنبي معه بخياره خاصة - كان المتجه حينئذ الاقتصار على المتيقن من الصحيح وهو ما اذا كان الخيار للمشتري خاصة ، سيما مع عدم سوق اطلاقه ، لتناول مثل الفرض الذي ليس له في النصوص أثر بالخصوص ، وإنما سوغه الاصحاب لعموم دليل جواز الشرط وإلا لشمع الاطلاق المزبور ما اذا كان الخيار للبائع معه أيضاً ، مع أنه لا خلاف بينهم على ما قيل : في كون تلف المبيع فيه من المشتري وأن الثمن من البائع كما هو مقتضى القواعد ، بناء على الملك بالعقد ، بل لم يذكر احد منهم كون التلف فيه من البائع فيه احتمالاً ، مع أنه اولى بتناول الاطلاق المزبور ، فالوجه الاقتصار فيما خالف الاصل على المتيقن من النص والفتوى .

نعم لا بأس بضم الاجنبي في الصورة الاولى التي كون تلف المبيع فيها من المشتري على القواعد كما هو واضح . وعلى كل حال فقد ظهر لك أن المراد في المتن وغيره بل

والنص بكون التلف من البايع فى الصورة الاخيرة، إنفساخ العقد ورجوع الثمن الى المشتري نحو التلف قبل القبض، ويقابله ما فيها من كون التلف من المشتري فى الصورة الاولى أى لا ينفسخ العقد بذلك، بل يكون التالف من مال المشتري نعم لا ينافى ذلك بقاء الخيار للمبايع فيها كما صرح به جماعة منهم الفاضل و الكركي بل لا خلاف أجده فيه، للأصل وعدم ثبوت اشتراط بقاء الخيار ببقاء العين، بل الثابت خلافه، فله الفسخ حينئذ والمطالبة بالمثل أو القيمة، لأن يد المشتري يضمن بالثمن لامجانا، وكون التلف بالآفة لاينا فى الاستحقاق بالفسخ الجديد المقضى رجوع كل عوض بعينه أو بدله الى صاحبه، بل لو تلف الثمن بالآفة فى يد البايع لم يسقط خياره، فله الفسخ أيضاً مع رد المثل أو القيمة والمطالبة بالمبيع أو بدله كما هو واضح؛ وإن تقدم فى القبن ما عساه يتوهم منه. المنافات لذلك؛ لأن العمدة الاجماع هناك ظاهرا.

وقول الاصحاب إن تلف المبيع فى زمان الخيار من لا خيار له، بعد تنزيله على خيار الشرط والحيوان - لا ينافى شيئاً مما ذكرناه، والدليل عليه واضح، انمع فرض أن الخيار للمشتري خاصة كان تلفه من البايع، للمنصوص السابقة (١) الدالة بصريحها على ذلك والمراد به كما صرح به فى جامع المقاصد إنفساخ العقد به كالتلف قبل القبض، لاتحادهما فى لفظ الدليل المفهوم منه ذلك بعد القول بالملك بالعقد، فماعساه يظهر مما استسمعه من الدروس. من الفرق بينهما فى ذلك، فيبطل فى التلف قبل القبض، دون محل البحث. - واضح الضعف، ومع فرض ان الخيار للمبايع خاصة كان التلف من المشتري، اى لا ينفسخ العقد كما هو مقتضى القواعد، لانه مملكه وقد تلف فى يده الا أنه يبقى مع ذلك خيار البايع على حسب ما ذكرناه.

ومن ذلك يظهر لك خطأ بعض الاعلام الناشئ من الوهم فى المراد من قاعدة

«التلف في زمن الخيار ممن لا خيار له» وأنها أعم من الثمن والمثمن ، وخيار الشرط والحيوان وغيرهما ، قال : « ولوتلف المبيع أو الثمن بالآفة الإلهية بعد قبضه . وقبل انقضاء خيار المشتري أو البائع ؛ فالتلف ممن لا خيار له بلا خلاف أجده ، لما مر في كل من خيار الشرط والحيوان من المعبرة المستفيضة (١) وأخصيتها من المدعى مندوعة بعدم القائل بالفرق بين الطائفة ، مع أن هذا الحكم غير محتاج الى دلالة من كتاب أو إجماع أو سنة على حدة في بعض صور المسألة ، وهو على المشهور ما إذا تلف المبيع بعد القبض والخيار للبائع وبالعكس ، لكون المتلف مال من لا خيار له ، المنتقل اليه بمجرد العقد ، فيكون الحكم في صورتين موافقاً للقاعدة ، مع تأيد أولهما بأخبار خيار الشرط ، (٢) و إنما المحتاج الى الدلالة ما إذا تلف المبيع بعده والخيار للمشتري وبالعكس لمخالفة الحكم فيهما للقاعدة المتقدمة جداً ولا إشكال فيه أصلاً بعد قيام النص والفتوى بأثباته فيهما ، فيكون كل منهما بهما عن القاعدة مستثنى .»

وهو من غرائب الكلام ضرورة كون النص والفتوى في خصوص المبيع دون الثمن ، بل ظاهر خبر معاوية بن ميسرة (٣) من أخبار اشتراط الخيار برد الثمن ، أن تلف الثمن من البائع وأنه ملكه وإن كان الخيار له . فمن العجيب دعوى أن النص والفتوى على كون الثمن من المشتري إذا كان الخيار للبائع خاصة ؛ ومقتضاه الإفساخ كتلف المبيع إذا كان الخيار للمشتري خاصة الذي قد عرفت أنه مدلول النص والفتوى . وأغرب من ذلك كله إن أراد تعميم هذا الحكم لسائر الخيارات في الثمن والمثمن ، هذا كله على المختار من الملك بالعقد .

أما على القول الآخر فالصورة المخالفة عندنا للضوابط التي دلت عليها النصوص في الحيوان والشرط ، موافقة للضوابط ، لعدم انتقال المبيع حينئذ الى المشتري ، فتلفه

(١) الوسائل - الباب ٥ و ٨ من أبواب الخيار

(٢) و (٣) الوسائل الباب ٨ من أبواب الخيار الحديث ٣ الجواهر ١١

حينئذ من البايع وإن كان الخيار للمشتري، بل هو كذلك وإن كان الخيار للبايع، ولم يعلم منهم أنه على هذا التقدير من المشتري، كى يحتاج إلى دليل خاص من إجماع أو غيره، كما أنه لم يعلم منهم كون تلف الثمن من البايع إذا كان الخيار للمشتري خاصة ليحتجوا فيه إلى الدليل الخاص، إذ لعله عندهم من المشتري كما هو مقتضى قاعدتهم .

ومن العجيب ما وقع في الرياض هنا من الخبط والخلط، الناشئ من توهم عموم قاعدة المزبورة، مع أن المجدد فيها في شيء من كتب المتقدمين ولا الأساطين من المتأخرين، بل هم بين مصرّح في خصوص خيار الحيوان والشرط للمشتري أن تلف المبيع من البايع، كما هو مضمون النصوص، وبين من زاد على ذلك بأنه من المشتري إذا كان الخيار للبايع، كما هو مقتضى القواعد بناء على الملك بالعقد فلا حظ وتأمل لتعرف حقيقة الحال: وقد ظهر مما ذكرنا أنه لا يسقط الخيار مطلقاً بعد القبض في التلف بالآفة في غير الصورة المنصوصة بل يفسخ ويرجع العين أو البديل كما أنه يرجع بذلك

أما الائتلاف فإن كان ممن له الخيار لما هو ملكه، فهو مسقط لخياره خاصة دون خيار الآخر، وإن كان لغير ملكه المنتقل إليه، فهو فسخ للعقد و يسقط خيار الآخر حينئذ بالانفساخ، وإن كان ممن ليس له الخيار، فلا يسقط خيار من له الخيار مطلقاً، بل له الفسخ و الرجوع بالمثل أو القيمة، و هل يتعين حقه في ذمة المتلف دون من كانت في يده العين، أوله الرجوع عليه، أو يتعين وهو يرجع على المتلف وجوه، أصحابها الأول لأن فسخ العقد يقتضى عود ملك العين أو بدلها، فهي كما لو كانت العين في يد شخص آخر غير من انتقلت إليه، فإن الظاهر عدم تكليفه بتحصيلها منه مع الفسخ، مع احتمالها فتأمل جيداً .

ولافرق في ذلك بين سائر أقسام الخيار، لكن في القواعد في باب المراجعة «أن في سقوط خيار المشتري فيما لو اكذبه بالأخبار برأس المال مع التلف نظر» و

في جامع المقاصد» وفي بقاء خيار الغبن بعد التلف تردّد ، سواء كان التلف من البائع ، أم من اجنبي ، أم بآفة ، الا أن يكون بآفة قبل القبض ، فانه من ضمان البائع ، و على اطلاق كثير منهم ينبغي أن يكون بعد القبض كذلك ، لاختصاص الخيار بالمشتري ، فيفسخ العقد في الموضعين ، الا أن التردد فيما سبق له في المراجعة ، ينا في الحكم بانفساخ العقد لانه من المشتري ايضا .

قلت : لا ريب في ضعف التردد المزبور المبني على احتمال تعلق حق الخيار بالعين خاصة وهو واضح الضعف ، بل يمكن القطع بعدمه ، بملاحظة كلام معظم الاصحاب ، كما أنه لا ريب في عدم ارادة خيار الغبن و نحوه من اطلاق الاكثر كون التلف في يد المشتري اذا كان الخيار له من البائع ، لما عرفت من أنه لا دليل عليه واما خاص بالشرط والحيوان ، فتأمل جيدا ؛ فانّه قد وقع خبط في المقام لجملته من الأعلام في عدّة من الامور ، والتحقيق ما عرفت أنه لا انفساخ الا في صورتين إحديهما التلف للمبيع قبل القبض - والاخرى بعد اذا كان الخيار للمشتري في الحيوان والشرط خاصة ، ولا يفسخ في غيرهما . نعم يبقى الخيار لصاحبه على حسب ما سمعته ، وقد يظهر من الدروس الخلاف في الصورة الثانية ، و أن الحكم فيها بقاء الخيار كغيرها ، قال : « لو تلف المبيع قبل قبض المشتري بطل البيع والخيار ، وبعده لا يبطل الخيار وإن كان التلف من البائع ، كما اذا اختص المشتري بالخيار فلو فسخ البائع رجع بالبدل في صورة عدم ضمانه ، ولو فسخ المشتري رجع بالثمن و غرم البدل في صورة ضمانه ، ولو أوجب المشتري في صورة التلف قبل القبض لم يؤثر في تضمين البائع المثل أو القيمة ، وفي انسحابه فيما لو تلف بيده في خياره نظر » وهو غريب .

وأغرب منه احتماله أخير أعدم الرجوع بالمثل أو القيمة لو أوجب العقد ولم يفسخه ، فيكون معنى كونه من مال البائع عنده فيما لو فسخ خاصة فانه يرجع بالثمن حينئذ ويذهب المبيع من البائع ، ولم أجد شيئا من ذلك لغيره ، وإن كان قد يؤيده استصحاب بقاء العقد ونحوه . والتحقيق ما قلناه ، والله أعلم .

﴿فرعان الاول﴾ قال الشيخ فى المحكى عن مبسوطه و خلافه و ابنازهره و ادريس على ما حكى عن الثانى منهما : أن ﴿خيار الشرط يثبت من حين التفرق﴾ لنحو ما سمعته فى خيار الحيوان ﴿وقيل من حين العقد و هو أشبه﴾ و أشهر بل هو المشهور ، لنحو ما سمعته هناك ايضاً و تزيد هنا ، أن البحث فى المقام راجع الى قصد المشترط وما يظهر من عبارته ولا ريب فى انسياق الاتصال منها كما فى غير المقام ، مما نذكر فيه أحد المتعاقدين مدة ، بل لا يبعد البطلان لو كان القصد من حين التفرق ، للجهالة نحو مالو صرح به ، بل ربما حكى عن الشيخ الاعتراف به ، كما أنه والحلى اعترفا فى المحكى عنهما بالصحة مع التصريح بالاتصال ، بل فى التذكرة صرح عندنا ، خلافاً لبعض العامة ، و به تسقط حججهم القاضية بالامتناع ، إذ الممتنع لا ينقلب بالشرط الى الجواز .

بل قد يشكل تصور أصل نزاعهم فى المسألة ، لما عرفت من الصحة مع قصد الاتصال ، والبطلان مع قصد التفرق ، اللهم إلا أن يفرض خلوه عن قصد الخاص ، ويكون الابتداء من حين التفرق شرعياً حينئذ ، نحو ما قيل فى خيار الحيوان ، لأنه من قصد المتعاقدين وإن كان المنع عليه مع هذا الفرض واضحاً ايضاً ، لعدم الدليل الصالح لاثبات ذلك ، بل ما ذكره من الأدلة ظاهر فى عدم بناء المسألة على الفرض المزبور ، كما أنه ظاهر فى اقتضاء التأخير بعد الثلاثة فى خيار الحيوان ، وهو بعيد من قصد المتعاقدين ، بل صحيح ابن سنان (١) السابق شاهد على خلافه ، بناء على ظهوره فى دخول ما شرطه من اليوم و اليومين فى الثلاثة وأظهر منه خبر عبد الرحمن (٢) بل منهما يعلم بناء على ذلك فساد ما وقع من بعض الاعلام من أنه يشكل الحكم بالاتصال مع العلم بالخيار و تساوى المدينين أو قصور مدة الشرط ، بل لعل الظاهر التأخر عملاً بشاهد الحال ، أما لو زاد الشرط احتمال

التأخر مطلقا والاتصال كذلك ، والتفصيل بمقتضى العرف فيتأخر فى مثل الاربعة و الخمسة ، ويتصل فى نحو الشهر والسنة ولا بأس به ، وفيه منع اقتضاء العرف ذلك ثم قال : ولو اطلق الخيار فالقول فى الثلاثة كالمدة المشترطة والصحيح الشاهد بصحته ، يشهد باتصاله ، قلت : كانه اراد الصحيح المتقدم سابقا (١) فى البحث عما لو اشترط الخيار و اطلق ، ومنه يعلم حينئذ زيادة تأييد لما قلناه من ظهور الاتصال ولو كانت المدة المشترطة مساوية للمدة المضروبة من الشارع فتأمل جيدا والله اعلم .

﴿الثانى﴾ لا اشكال ولا خلاف فى أنه ﴿اذا اشترى شيئين وشرط الخيار﴾ له أو لغيره ﴿فى احدهما على التعيين صح﴾ فله الفسخ فيه حينئذ و ليس للبائع ذلك بالتبعض الذى قد اقدم عليه ﴿و﴾ أنه ﴿إن ابهم بطل﴾ للفرر ، كالا بهام فيمن له الخيار كما هو واضح والله اعلم .

﴿ويلحق بذلك خيار الرؤية﴾ اذ هو قسم من اقسام الخيار ﴿و﴾ لكن ﴿هو﴾ لا يثبت الا فى ﴿بيع الاعيان﴾ الشخصية ﴿من غير مشاهدة﴾ رافعة للفرر والجهالة ، فانه لا ريب فى صحة البيع كذلك ، نصا وفتوى بل الاجماع بقسميه عليه ، وما فى مرسل عبد الاعلى (٢) عن ابي جعفر عليه السلام «أنه كره شراء ما لم يره» لابد من حمله - بعد ارادة الحرمة من الكراهة فيه - على عدم الوصف مع ذلك أو على ما لا يمكن رفع جهالته به ، كبعض اللثالي أو غير ذلك ؛ ضرورة أن مانحن فيه اولى بالصحة من السلم ﴿و﴾ إن كان ﴿يفتقر ذلك﴾ حينئذ ﴿الى ذكر الجنس ونريد به هنا﴾ النوع المصطلح كما فى المسالك أى ﴿اللفظ الدال على القدر الذى تشترك فيه افراد الحقيقة﴾ النوعية ﴿كالحنطة مثلا أو الارز أو الابريس﴾ لا الجنس ﴿المصطلح الى ذكر الوصف ، وهو اللفظ الفارق بين افراد ذلك الجنس كالقراية فى الحنطة﴾ أى خلوها من الخليط

(١) الوسائل الباب ٨ من ابواب الخيار الحديث ٣-١

(٢) الوسائل الباب ١٨ من ابواب الخيار الحديث ١

﴿والحدارة ، أو الدقة﴾ مقابلة للحدارة ﴿ويجب أن يذكر كل وصف ثبتت الجهالة في ذلك المبيع عند ارتفاعه﴾ وهو مختلف ولا يلزم الاستقصاء ، بل قيل إنه ربما يكون مخالفاً في بعض الاحوال ، والابطال اجماعاً بقسميه ، للنواهي عن بيع الفرر (١) والجهالة المقتضية للفساد كما هو معلوم في محله.

نعم لا يبعد جوازه بعد الاناطة بالوصف ، وإن لم يوثق بوجوده ، لارتفاعه به على كل حال ، وجبر الخلاف بالخيار ، وضبط ذلك بعضهم بما صح فيه السلم . بل قيل ربما ادعى اجماع على اشتراط جميع شروط السلم ، وفيه أن الجهل في الموجود قد يرتفع عرفاً بما لا يرتفع في المعدوم ؛ وربما افضى فيه الى عزة الوجود ، فيبطل لذلك ، بخلاف ما نحن فيه المرتفع عنه هذا المحذور بوجوده ، فالأولى الاناطة بما عرفت من أنه لا بد من ذكر كل وصف تتفاوت الرغبة بثبوته ، وانتفائه ؛ وتتفاوت به القيمة تفاوتاً ظاهراً لا يتسامح بمثله ، ولو زاد على ذلك امكن ثبوت الخيار بفقده ايضاً وإن كان لا يتوقف صحة البيع عليه . ﴿و﴾ على كل حال ﴿يبطل العقد مع الاخلال بذينك أو احدهما﴾ أي الجنس والوصف ما لم تكن رؤية قديمة يستغنى به عن الذكر ، وإن كان حكم الخيار ثابتاً ايضاً مع البيع على تلك الرؤية ، فاتفق أنه قد تغير بزيادة أو نقصان أو بهما من جهتين ﴿و﴾ لا ريب في أنه يصح مع ذكرهما ، سواء كان البائع رآه دون المشتري ، أو بالعكس ، أو لم يراه جميعاً ، بأن وصفه لهما ثالثاً لكن قد يتوقف في البطلان مع رؤية المشتري له ، و جهل البائع به ، للأصل بعد تنزيل ادلة الفرر على ما لا تشمل ذلك ، فإن لم يقم اجماع عليه ، فللنظر فيه مجال ، وإن كان الاصح البطلان ، لعدم ما دل على اعتبار المعلومية في البائع والمشتري (٢) وعلى كل حال فلا اشكال في أنه يثبت له الخيار ايضاً مع ذكر الوصف ، وإناطة البيع به.

(١) الوسائل الباب ٢٠ من ابواب التجاره الحديث ٣ الدعا ج ٢ ص ١٩

(٢) الوسائل الباب ١٢ من ابواب البيع وشروطه

وكيف كان ﴿فان كان المبيع على ماذكر، فالبيع لازم﴾ كتابا وسنة واجماعاً بقسميه ﴿والا كان المشتري﴾ خاصة ﴿بالخيار بين فسخ البيع وبين التزامه﴾ اذا كان ناقصاً عن الوصف، إن اختص البايع بالرؤية دونه ﴿و﴾ بالعكس؛ ﴿ان كان المشتري رآه دون البايع كان الخيار للبائع﴾ دونه مع الزيادة في الوصف اذا فرض ملاحظة عدمها والافلا خيار للاصل ﴿وان لم يكونا رأياه كان الخيار لكل واحد منهما﴾ اذا كان ناقصاً من جهة زائداً من اخرى؛ كما الوصف بهما الثوب بأن طوله عشرون ذراعاً وعرضه ذراع فظهر خمسة عشر طولاً، في عرض ذراع ونصف مثلاً، أو العبد بأنه كاتب خاصة فظهر خياطاً خاصة، بالإخلاف في المشتري، كما في الرياض ومحكى مجمع البرهان، بل في الحدائق أنه موضع وفاق فيهما، وفي شرح شيخنا المعتبر، الإجماع بقسميه عليهما

لكن قد يناقش في ذلك أولاً بأنه قد يظهر من إطلاق جماعة كالمصنف وغيره، تخيير المشتري حتى مع الزيادة، بل قيل أنه كصريح يوضح النافع، وان كان هو في غاية الضعف لعدم ما يصلح حينئذ لقطع ما دل على اللزوم من الكتاب والسنة، الامعاء يتوهم من إطلاق الخبر الاتي (١) الذي يقطع بعدم ارادة مثل ذلك منه، وكذا الكلام في العكس، ونحو ذلك الوصف بغير المقصود الذي لم يرد منه القيدية، فظهر الإخلاف، كالوسط في الشعر، فبانت الجعودة أو الجهل فبانت المعرفة فيتخير البايع دون المشتري، مع فرض ارادة القيدية من ذلك، لا ما يتعارف من ارادة البرائة من الالتزام بها.

وثانياً بما في المقنعة النهاية من البطلان مع ظهور خلاف الوصف، لا الخيار كالمحكى عن المراسم في خصوص الاعدال المحزومة وعن الارديلي التامل فيه، وان كان هو ضعيفاً كالاول أيضاً ضرورة ابتنائها على عدم الفرق بين وصف المعين والوصف المعين وبين الذاتي والعرضي.

واضعف منه ما عن ابن ادريس من تخيير المشتري بين الرد والاخذ بالارش، لعدم

الدليل عليه فيما لم يعد فمده عيباً، فتعين كون التحقيق الخيار لحديث نفى الضرر (١) و
 للصحيح « عن رجل اشترى ضيعة وقد كان يدخلها ويخرج منها ، فلما أن نقد المال
 وصار الى الضيعة فقلبها ثم رجع فاستقال صاحبه ، فلم يقله فقال عليه السلام : لو أنه قلب
 منها أو نظر الى تسعة وتسعين قطعة ، ثم بقي قطعة ولم يرها ، لكان له في ذلك خيار الرؤية .
 ومنه يعلم الوجه فيما ذكره غير ﴿ و ﴾ احدهم الاصحاب من انه ﴿ لو اشترى ضيعة
 رأى بعضها و وصف له سائر ها ﴾ اى ما فيها ﴿ ثبت له الخيار فيها ﴾ أجمع اذا لم يكن على الوصف ﴿
 إذا الظاهر ارادة المجموع من اسم الاشارة في الصحيح لا خصوص من لم يرها الذى يحصل الضرر
 فيه ، بتبعض الصفقة على البائع ، مع احتماله وانجباره بثبوت الخيار له بذلك ، لكن عن
 بعضهم الاجماع على الاول ولا بأس به ، بل لا ينافيه لو جعل اسم الاشارة لخصوص غير المرئى
 اذا قضاة ثبوت الخيار فيه الذى هو أعم من الاقتصار على فسخه خاصة . فتأمل

وفى فورية هذا الخيار وترأخيه وجهان ، بل قولان أشهرهما الأول ، بل ربما
 أسند الى ظاهر الاصحاب ، للاصل ، ولزوم الضرر لولاه ، والاستصحاب لا يحكم على العموم
 الزمانى ، المستفاد من لزوم العقد ، إلا أنك قد عرفت المناقشة فى جميع ذلك ، مما مر
 من نظير المسألة ، على أن اطلاق النص فى المقام كاف . اللهم الا أن ينكر ظهوره فى ارادة
 الاطلاق المفيد فى المقام ، والضرر مندفع بأنه يلزم بالاختيار حينئذ معه ، على الفورية
 لو اخر لعذر ، من حصول مانع أو نسيان للعقد أو للصفقة السابقة ، أو عدم ظهور اللاحقة ،
 أو زعم صدور الفسخ منه ، أو جهل بحكم الخيار ؛ ففى شرح الاستاد بقى خياره قال :
 « وجهل حكم الفورية ليس بعذر » وفيه - بعد الاغضاء عن وجه الفرق بين حكم الخيار و
 الفورية - أنه قد يشكل عدم السقوط فى بعض ما ذكره أو جميعه بناء على التوقيت فى
 الفورية كما هو الظاهر من القائل بها هنا ، وإن قال : بغيره فى نحو الأوامر ، لوضوح
 الفرق بين المقامين فتأمل جيداً .

ولأريب في صحة اسقاط هذا الخيار بعد تحققه كما في غيره من الحقوق ، بل و
بعد العقد قبل التحقق ، خلافا للمحكى عن التذكرة وغيرها للاكتفاء في صحة الاسقاط
بوجود السبب ، فانه حق ايضاً يسقط بالاسقاط ، وقد يقال : بأنه إن صادف المخالفة
في الواقع أثّر ، لعدم اعتبار العلم بذلك قطعاً ، والا كان العقد لازماً بذونه ودعوى أن
الحق لا يثبت الا بظهور المخالفة لابوجودها في نفس الامر - يمكن منعها ، كما سمعت نحوه
في خيار الغبن ، وحينئذ فلا ريب في صحة اشتراط سقوطه بالعقد كخيار المجلس ، ونحوه ،
بل لا يبعد ذلك وإن قلنا بعدم ثبوته الا بعد ظهور المخالفة ، خلافا لجماعة منهم الكركي
فانه - بعد ان استظهر الصحة في غير محتى الغبن والتأخير - قال : « فان شرط رفعه
بطل الشرط والعقد ، للزوم الفرر ، لأن الوصف قام مقام الرؤية ، فاذا شرط عدم
الإعتداد به ، كان غير مرئي ولا موصوف » واليه يرجع ما في الدروس من التعليل
بالفرر ، لكن قال : « وكذا خيار الغبن ثم احتمل الفرق بينهما » قلت : يمكن منع
عدم صدق التوصيف معه ؛ وليس لثبوت الخيار مدخل في رفع الفرر ، وإنما الذي
رفعه نفس الوصف ، ضرورة عدم كون المدار على مطابقة الواقع ، اذ قد تخطى المشاهدة
بل المدار على صدق الاقدام على معلوم غير مجهول .

نعم قد يقال : بعدم صحة اشتراط الاسقاط فيما لو اشترى مثلاً مع عدم الاطمينان
بالوصف ، فإن ثبوت الخيار فيه له دخل في رفع الفرر الذي هو الخطر ، مع ان الاقوى
الصحة فيه ايضاً ، لصدق تعلق البيع بمعلوم غير مجهول ، ولو أن الفرر ثابت في البيع نفسه لم يجد
في الصحة ثبوت الخيار ، و الا لصح ما فيه الفرر من البيع مع اشتراط الخيار ، وهو
معلوم العدم ، وإقدامه على الرضا بالبيع المشروط فيه السقوط مع عدم الاطمينان
بالوصف إدخال للفرر عليه من قبله ، ولا يسقط الخيار بالاببدال قطعاً ولا يبذل التفاوت
ولو شرط الاول في العقد إن ظهر الخلاف فسد كما في الدروس للجهالة و الفرر ، و
الظاهر أن شرط الثاني كذلك ، وسقوطه بالتصرف قبل العلم به نحوه ما سمعته في الغبن
وبعده يسقط إن دل على الرضا ، والافلا ، حتى في الناقل والمتلف منه ، الاعلى

احتمال ذكرناه في خيار الغبن .

ولو اشترى ما على صفة نساج على أن ينسج الباقي مثله بطل في الأشهر ، ويمكن الصحة وفاقا للمختلف ، للأصل وعدم ثبوت بطلان البيع المتحد المتعلق بشخصي و كلف في الذمة ، بعد فرض ضبطه بالوصف ، ودعوى عدم الضبط بذلك ممنوعة ، على أن الفرض حصول الضبط ، وثبوت خيار الرؤية في غير المنسوج دون مشاهدته بعد التسليم غير مانع ؛ على أن الظاهر منع الخيار من هذه الجهة وإن قلنا بثبوت بناء على الصحة من حيث فوات الشرط ، والظاهر أن ذاليس من الكلى الذي يجب فيه الإبدال .

نعم يمكن القول ببطلان البيع فيه ، وثبوت الشركة في القيمة بالنسبة ، كما أنه يمكن القول بالخيار المتبعض ، أولاً أن ذلك من الشرط أو الوصف في المرئي أيضاً . وكيف كان فلا يقصر ذلك عن بيع ما في البيت الذي قدرأي أنموذجاً منه مع إدخال الأنموذج معه في البيع ، بل قد يقال بالصحة فيه وإن لم يدخله معه ، لأنه لا يقصر عن الوصف في رفع الجهالة ، خلافاً لأول الشهيدين وثاني المحققين ، واستشكل فيه الفاضل في القواعد ، والظاهر ثبوت خيار الرؤية في غير البيع مما يعتبر فيه المشاهدة أو الوصف كالاجارة ونحوها ، لأن العمدية فيه حديث الضرر ، بل يمكن القول بثبوته فيما لا يعتبر فيه ذلك كالصلح تنزيلاً للخيار في خلاف الوصف في المعين منزلة الإبدال في الوصف المعين فتأمل جيد والله أعلم

﴿ الفصل الرابع في أحكام العقود ﴾

﴿ والنظر في أمور ستة الأول في النقد ﴾ أي الحال باعتبار كونه منقوداً و لو بالقوة ﴿ ويقابله ﴾ النسيئة ﴿ التي هي اسم مصدر بمعنى التأخير ، يقال : أنست الشيء أنساء ،

وينقسم البيع باعتبار وجودهما في كل من الثمن. و المثل، والتفريق، الى أربعة أقسام، فالاول النقد؛ والثاني الكالي بالكالي، اسم فاعل أو مفعول من المراقبة، لمراقبة كل من الغريمين صاحبه لاجل دينه، ومع حلول المثل وتأجيل الثمن، التسيئة، و بالعكس، السلف، وكلها صحيحة، عد الثاني، فقد ورد النهي عنه بلفظ «بيع الدين بالدين» (١) وانعقد الاجماع بقسميه علي فساد كما استعر فدا نشأ الله تعالى في محله.

وكيف كان في ﴿من ابتاع شيئاً مطلقاً﴾ من دون تقييد بالتأجيل للثمن وخلافه ﴿أو اشترط﴾ عليه ﴿التعجيل﴾ منه ﴿كان الثمن حالاً﴾ وكذا المثل، أما الاطلاق فلانصراف عرفا وقال الصادق عليه السلام في الموقوف (٢) «في رجل اشترى جارية بثمن مسمى ثم افترقا: وجب البيع والثمن اذا لم يكونا شرطاهو نقد» ومنه يعلم حينئذ ما ذكره بعضهم وغيره من أن اشترط التعجيل مؤكداً، بل في الروضة أنه المشهور، وفي الدروس «وأفاد التسلط على الفسخ اذا عين زمان النقد داخل المشتري به مثلاً» واحتمل في المسالك قويا ذلك مع الاطلاق ايضاً، وفي الروضة «لوقيل بثبوت الخيار مع الاطلاق ايضاً لو أخل به عن أول وقته كان حسناً».

قلت: قديمين أولاً التأكيد بناء على أن الاطلاق يفيد استحقاق المطالبة في كل وقت، كما هو مقتضى الحلول في كل دين، أما وجوب الدفع فعلي المطالبة فعلاً؛ و حينئذ فاشترط التعجيل يفيد وجوب الدفع بدونها، فهو امر غير ما يقتضيه العقد، اللهم الا ان يمنع ذلك ويقال: باقتضاء العقد التقابض من دون مطالبة كما تعرفه انشاء الله في النظر الثالث. وثانياً قد يناقش في صحة الشرط باعتبار تعدد افراد التعجيل واختلافها، فلا يصح مع الشرط عدم التعيين للمجهالة، وعلى تقدير الصحة، فدعوى التسلط على الخيار بالاخلاق به في أول وقته يمكن منعها، لعدم صدق الاخلاق بالشرط حتى تنتفى سائر الافراد، نحو التكليف بالمطلق.

(١) الوسائل الباب ١٥ من أبواب الدين الحديث ١

(٢) الوسائل الباب ١ من أبواب احكام العقود الحديث ٢

وثالثاً لا بد من تقييد الخيار بعدم إمكان الاجبار كما في المسالك « وإلا جبر على الوفاء به » وقد يحتمل الإطلاق كما ستسمع البحث في ذلك وفي أصل ثبوت الخيار في الشرط في محله نعم لو قال: إن لم تعجله في كذا فأي الخيار صح، كما في القواعد لماعرفته من اشتراطه برد الثمن، بل في التحرير في أحكام الخيار « إذا قال بعثك على أن تنقدي الثمن بعد شهر والأفلا بيع بيننا صح البيع » وفي القواعد « وفي صحة البيع نظر فإن قلنا به بطل الشرط على أشكال ».

وفي جامع المقاصد كما عن الإيضاح « الأصح بطلان الشرط والعقد، للتعليق على المجهول، وامتناع اقتضاء صحة الشيء بطلانه، فهو شرط منافي لمقتضى صحة العقد لأنه يقتضي ارتفاعه بعد وقوعه، وفرق واضح بينه وبين الخيار، لا إمكان انفكاك اللزوم عن الصحة ويمتنع انفكاك الصحة عن نفسها، ويمكن الصحة للعموم، ولأنه يجري مجرى الخيار، لأن دفع المشتري الثمن وعدمه من أفعال المشتري الاختيارية، فهو نخير له في فعل الممضي والفاسخ » لكنه كما ترى وحينئذ لا ينبغي الإشكال في بطلان الشرط ضرورة عدم صحته مع فساد العقد، كما أنه لا إشكال في فساد العقد مع بطلان الشرط، بناء على أن بطلانه يقتضي بطلان العقد والله أعلم .

﴿ و ﴾ أما ﴿ أن اشترط التأجيل للثمن ﴾ جميعه أو بعضه ولو نجوما متعددة ﴿ صح ﴾ إجماعاً بقسميه ونصوصاً عموماً وخصوصاً (١) في البعض وهو المسمى بالنسيئة، من غير فرق بين طول المدة وقصرها، خلافاً للاسكافي فمنع فيما حكى عنه أكثر من ثلاث سنين في السلف وغيره، وهو مع مخالفته للدلالة لا شاهد له، نعم قال أحمد بن محمد لا بي الحسن عليه السلام: (٢) « إني أريد الخروج إلى بعض الجبال إلى أن قال: إنا إذا بعناهم نسيئة كان أكثر للربح فقال: بهم بتأخير سنة، فقلت: بتأخير سنتين؟ قال: نعم قلت: ثلاث؟ قال: لا » وهو غير ماسمعة منه، اللهم إلا أن يريد ثلاث فصادراً كما عساه يؤمى إليه المروي عن قرب الاسناد عن أحمد أيضاً (٣) قال لا بي الحسن الرضا عليه السلام « إن هذا الجبل قد فتح

(١) الوسائل الباب ١ من أبواب أحكام العقود

(٢) (٣) الوسائل الباب ١ من أبواب أحكام العقود الحديث ٣٥١

على الناس منه باب رزق فقال: إذا أردت الخروج فأخرج، فانها سنة مضطربة، وليس للناس بد من معاشهم، فلا تدع الطلب، فقلت: إنهم قوم ملاء، ونحن نحتمل التأخير فنبايعهم بتأخير سنة قل: بهم قلت: سنتين، قال: بهم قلت: ثلاث، قال: لا يكون لك شيء أكثر من ثلاث سنين» بناء على إرادة المنع من بيعه ثلاثاً بذلك، إلا أنهما كما ترى مع قصورهما عن المعارضة من وجوه، يمكن حملهما - بل لعله الظاهر - على إرادة الارشاد بذلك، وبذل النصيحة، لا النهي المترتب عليه الاثم أو الفساد كما هو واضح.

فلأرب في الجواز حينئذ، بل لا يبعد جواز ذكر المدة التي يعلم المتعاقدان، عدم إدراكها عادة، كالتأخير إلى ألف سنة مثلاً، وإن نظر فيه في الدروس أولاً، ثم استقرب الجواز بعده، لوجود المقتضي، وارتفاع المانع، والحلول بموت من عليه الدين غير مانع، إنه وبعد أن كان حكماً شرعياً لا يورث جهالة، بخلاف مالهو جعل الأجل إلى أن يموت، وعدم انتفاع صاحب الدين به مدفوع بقيام الوارث مقامه، بل الظاهر عدم تسلط الوارث للمشتري بذلك على الخيار، وإن احتمله في المسالك تبعاً للتذكرة، لاصالة اللزوم مع عدم التقصير من البائع في فوات الأجل الذي له قسط من الثمن، فهو كفوات المدة المحتملة بالموت، وإن كان قديقال: بجريان الاحتمال فيه، إلا أنه ضعيف جداً.

نعم قد يقال في محل البحث: إنه إن لم يتسلط بذلك على الخيار، أو ينقص من الثمن بنسبة مافات من الأجل، كان اشتراطه ممن عليه الدين لا فائدة به، بل هو كالتسفه، إن الفرض حله بالموت فتأمل جيداً.

﴿و﴾ كيف كان في لا بد أن يكون مدة الأجل المضرورة للثمن، أو المثلث، أو لهما معينة لا يتطرق إليها احتمال الزيادة والنقصان ﴿بلا خلاف أجد به يمكن تحصيل الإجماع عليه﴾ ﴿و﴾ أن المسامحات العرفية في بعض الأفراد لا عبرة بها، فلو اشترط التأجيل حينئذ ولم يعين أجلاً أو عين أجلاً مجهولاً كقدوم الحاج ونحوه مما هو محتمل للزيادة والنقصان ﴿كان البيع باطلاً﴾ قطعاً، بل ربما أدى ذلك إلى الجهالة في

الثلث، لأن الأجل له قسط منه، بل يظهر - من الدروس وغيرها - اعتبار معرفة المتعاقدين تعيين المدة، فلو أُجِّل بالنيروز - والمهر جان الذي هو عيد القرس، و الفضيح عيد النصرى، والفطير عيد اليهود؛ بناء على أنه يوم معين مضبوط عندهم ولم يعلمه المتعاقدان أو أحدهما لم يصح أيضاً، للجهالة أيضاً، وقد يناقش فيه باحتمال الاكتفاء فيه بانضباطه في نفسه كأوزان البلدان مع عدم معرفة المصداق، فله شراء وزنة مثلاً بعيار بلد مخصوص، وإن لم يعرف مقدارها، لأن للنظر فيه مجالا، وربما ظهر من التذكرة الاكتفاء به.

ولو أُجِّل بالمشترك بين أمرين - أو أمور كالنفر من منى، أو ربيع أو جمادى - بطل كمانص عليه غير واحد، للجهالة، لكن في اللمعة (قيل: يصح) ويحمل على الاول، و لم نظفر بقائله، وعلمه في الروضة - بعد أن ساوى في الحكم بينه، وبين التأجيل بيوم من الاسبوع - بأنه علقه على اسم معين، وهو يتحقق بالاول، قال: «لكن يعتبر علمهما بذلك قبل العقد، ليتوجه قصد هما الى اجل مضبوط، فلا يكفي ثبوت ذلك شرعاً مع جهلهما أو أحدهما به، ومع القصد لا اشكال في الصحة، وإن لم يكن الاطلاق محموداً عليه، ويحتمل الاكتفاء في الصحة بما يقتضيه الشرع في ذلك، قصداً أم لا، نظر إلى كون الاجل الذي عيناه مضبوطاً في نفسه شرعاً، واطلاق اللفظ منزل على الحقيقة الشرعية»

وفيه أولاً انه من الواضح عدم حمل اللفظ من غير الشارع واتباعه في الاستعمال على الحقيقة الشرعية، وتخصيص محل البحث بما اذا قصد المتعاملان ما يراهم من الاطلاق عند الشارع - بعد فرض علمهما انه منصرف عنده الى زمان معين وعدمه - موقوف على الاكتفاء بمثل ذلك، والظاهر عدمه، لوضوح الجهالة فيه.

وثانياً انه لاحقيقة شرعية في المقام، ضرورة أن الشارع هنا لو حكم بالانصراف الى اولهما، فليس الا لاقتضاء العرف فيه ذلك، وحينئذ فمع الانصراف عرفاً متجه، كما اعترف به في التذكرة نعم قال فيها: «لوقال الى الجمعة حمل على الاقرب

في الجمع وكذا في غيره من الايام ، قضية للعرف المتداول بين الناس ، بخلاف جمادى وريبع » ولعله كذلك اما المكسر من ايام الاسبوع فقد يمنع فهم العرف منه الاول ، بخلاف المتواطى من أسماء الشهور كرجب وشعبان ، فانه لا ريب في فهم شهر سنة العقد منه ، فجعل المعيار العرف هو المتجه والله اعلم ﴿ ولو باع بثمن حال ، وبأزيد منه الى أجل ﴾ بأن قال : بعتك هذا بدرهم نقدا وبدرهمين الى شهرين ﴿ قيل ﴾ والقائل الشيخ في المبسوط والحلي في السرائر ﴿ يبطل ﴾ وتبعهما الفخر ، وأبو العباس ، والمقداد والأبي ، والفاضل ، والشهيدان في اللعة والروضة جماعة من متأخري المتأخرين ، للغرر والابهام الناشئ من الترديد ، القاضي بعدم وقوع الملك حال العقد على أحدهما بالخصوص ، وهو مناف لمقتضى سببية العقد وإنشائيته وللنهي « عن البيعين في بيع واحد » (١) المفسر بذلك أو بما يشمله .

وذيل خبر محمد بن قيس الآتي (٢) ﴿ و ﴾ لكان ﴿ المروى ﴾ عن علي بن أبي طالب ، بطريق حسن ، بابراهيم بن هاشم ، عن محمد بن قيس الثقة ، بقرينة عاصم بن حميد ، عن ابي جعفر عليه السلام - ﴿ انه يكون للبايع أقل الثمنين في أبعد الاجلين ﴾ - قال : « قال امير المؤمنين عليه السلام : من باع سلعته فقال : إن ثمنها كذا وكذا ، يدأيد وثمنها كذا وكذا نظرة ، فخذها بأي ثمن شئت ، وجعل صفقةها واحدة ، فليس له الا أقلهما وإن كانت نظرة » وزاد في الكافي « قال : وقال عليه السلام : من ساوم بثمنين أحدهما عاجل والآخر نظرة فليست أحدهما قبل الصفقة » والمناقشة بأن غايتها الدلالة على وقوع الايجاب بها خاصة - وبأن الذي فهما الجماعة كما استعرف ، ترتب الحكم المذكور فيها على فساد المعاملة ، وبمنافاة الزيادة المزبورة لها ، بناء على أن الظاهر منها عدم جواز الترديد ، بل لا بد من تعيين أحدهما قبل العقد وإيقاعه عليه ، لاتعيين مقدار الثمنين ، اى الثمن والاجل - مدفوعة بظهورها في ارادة

(١) الوسائل الباب ٢ من ابواب احكام العقود الحديث ٤-٥

(٢) الوسائل الباب ٢ من ابواب احكام العقود الحديث ١ و٥

تمام البيع ، لا إيجابه خاصة ، ومنع ترتب الحكم فيها على الفساد كما ستعرف ، وعدم انحصار الجمع بين الصدر و الزيادة بذلك ، على أنه لم يعلم كونها رواية واحدة . وفي خبر السكوني (١) عن جعفر عن أبيه عن آباء عليهم السلام « أن علياً عليه السلام قضى في رجل باع بيعاً واشترط شرطين بالنقد كذا وبالنسيئة كذا فأخذ المتاع على ذلك الشرط فقال : هو بأقل الثمنين وأبعد الأجلين » يقول : ليس له الأقل التقدين الى الأجل الذي أجله بنسيئة وظاهر جماعة من الأصحاب العمل بهما في الجملة ، ففي المقنعة « لا يجوز البيع بأجلين على التخيير ، كقولهم المتاع بدرهم نقداً ، وبدرهمين الى شهر أو سنة أو بدرهم الى شهر وبأثنين الى شهرين ، فان ابتاع انسان شيئاً على هذا الشرط كان عليه أقل الثمنين في آخر الأجلين » وفي المحكي عن ناصريات المرتضى المكروه ان يبيع الشيء بثمانين ، بقليل إن كان الثمن نقداً وباكثر منه نسيئة وعن الاسكافي روى عن النبي ﷺ (٢) أنه قال : « لا تحل صفقتان في واحدة » وذلك أن تقول : إن كان بالنقد فبكذا وإن كان بالنسيئة فبكذا وكذا ، ولو عقداً للبائع للمشتري كذلك وجعل الخيار إليه ، لم اختر للمشتري أن يقوم على ذلك ، فان فعل واستهلك السلعة لم يكن للبائع الأقل الثمنين ، لاجازته البيع به ، وكان للمشتري الخيار في تأخير الثمن الأقل الى المدة التي ذكرها البائع بالثمن الأوفر من غير زيادة على الثمن الأقل .

وفي النهاية « فان ذكر المتاع باجلين ، و نقدين مختلفين ، بأن يقول ثمن هذا المتاع كذا عاجلاً ؛ وكذا أجلاً ، ثم امضى البيع كان له أقل الثمنين وأبعد الاجلين » وعن القاضي من باع شيئاً باجلين على التخيير مثل أن يقول بعتك هذا بدينار أو بدرهم عاجلاً ؛ أو بدينارين أو بدرهمين الى شهر ، أو شهرين ، أو سنة ، أو سنتين ، كان البيع باطلاً ، فان امضى البائع ذلك بينهما كان للبائع أقل الثمنين في آخر الاجلين .

وفي موضع من الغنية « وللجهالة بالثمن والاجل ايضاً نهى عن بيعتين في بيعه

نحو أن يقول بعثك كذا بدينار الى شهر ، وبدينارين الى ثلاثة اشهر ؛ فيقول المشتري قد قبلت به « وفي آخر « وقد قدمنا أن تعلق البيع باجلين وثمانين كقوله بعث الى مدة كذا بكذا ، وإلى ما زاد عليها بكذا يفسده ، فإن تراضيا بانفاذه كان للمبايع أقل الثمنين في أبعد الاجلين ، بدليل اجماع الطائفة »

وعن صاحب البشري أنه قال : « لو عملنا برواية السكوني كان قريبا ، وعن الراوندي « أن على المشتري الثمن الأقل في الاجل الاول ، لأنه رضى بالأقل في الزمن الأقل ؛ فإن لم يؤد المشتري فليس له في ذمته الا الأقل سواء أداه عاجلا ، أو آجلا » وكأنه يرجع الى ما سمعه من المختلف ، أو ما في الدروس فإنه بعد ان ذكر الخلاف في صورتين قال : « والا قرب الصحة ولزوم الأقل ، ويكون التأخير جائزا من جهة المشتري ، لازما من طرف البايع لرضائه بالأقل ، فالزيادة ربا ، ولا أجلها ورد النهي وهو غير مانع من صحة البيع ».

وكانه أخذه مما احتمله الفاضل في المختلف جوابا عما يقال : من أن وجوب الأقل الى الأبعد ليس تجارة عن تراض ، قال : « ويمكن ان يقال : أنه رضى بالأقل فليس له الاكثر في البعيد ، وإلا لزم الربا ، اذ تبقى الزيادة في مقابلة تأخير الثمن لا غير ، فان صبر الى البعيد لم يجب له اكثر من الأقل » لكنه لا الزام فيه للمبايع بالاجل البعيد ، كما سمعته من الدروس الذي هو واضح الضعف ، إذا اجل قد وقع في مقابلة الزيادة الفاسدة فلا يلتزم به البايع ، فلا ريب في أن ما ذكره في المختلف أولى منه ، بل يمكن تنزيل الخبرين المزبورين حتى الثاني منهما عليه بمعنى كان على المشتري في آخر الأجلين أقل الثمنين ، لأن له إزام البايع بذلك ، ضرورة كون الثمن فيه الأقل بالأجل على هذا التقدير ، وأن الزيادة في مقابلة التأخير الى المدة قد وقعت على نحو الشرطية ، فتختص حينئذ مع الأجل بالنهي والفساد ، كما ذهب اليه أبو حنيفة في أصل بيع الربا ، وإن كان هو واضح الضعف ، مع عدم تشخيص الثمن أمّا معه ، فان لم يذكر شرطاً في العقد ، فلا ريب في الصحة

وإن ذكر فيه كما هو في محل البحث أمكن القول هنا باختصاص الفساد بالشرطدون العقد، لهذه النصوص وإن قلنا بفسادهما معا في غيره، وتقل مخالفتها حينئذ للقواعد، وربما احتتمل تنزيلهما على ما لا ريب في صحته من ذكر الزيادة بعد العقد، إلا أنه بعيد عن ظاهر الخبرين.

فما ذكرناه أولى حينئذ، بل يمكن حمل عبارة المقنعة وما ضاهاها عليه، بل وعبارة النهاية، وبه يجمع بين هذين الخبرين، وبين ما دل على النهي عن البيعين في بيع، كموقوف عمار (١) عن الصادق عليه السلام في حديث «أن رسول الله صلى الله عليه وآله بعث رجلا إلى أهل مكة، وأمره أن ينههم عن شرطين في بيع»، وقال هو أيضاً في خبر سليمان بن صالح (٢) «نهى رسول الله صلى الله عليه وآله عن سلف وبيع، وعن بيعين في بيع، وعن بيع ما ليس عندك» الحديث. وفي خبر الحسين بن زيد (٣) عن الصادق عن آبائه عليهم السلام في مناهي النبي صلى الله عليه وآله قال: «نهى عن بيعين في بيع» بناء على أن المراد منه ذلك؛ أو ما يشملها، بحمل النهي على حرمة الشرط وقبوله، لا على ما يقتضي فساد العقد بل قد يؤيد ذلك أنه مقتضى الجمع بين ذيل خبر محمد بن قيس (٤) الذي زاده في الكافي، وصدره

وأما طرح الخبرين - مع اعتبار سند الأول منهما لأنه حسن كالصحيح، بل هو صحيح بناء على المختار من الظنون الاجتهادية، والعمل بهما معاً ممن عرفت -، فغير لائق بصناعة الفقه، خصوصاً مع قلة مخالفتها للقواعد على ما سمعت، بل لعلها لا يخالفان شيئاً، على القول بعدم فساد العقد بفساد الشرط فتأمل. ويحتمل الجمع بالخرمة مع الصحة كما أومى إليه الحر، في وسائله، وربما تقبله عبارة المقنعة، وما شابهها، وإن كان فيه ما فيه؛ إلا أنه أولى مما في الرياض قطعاً، فإنه بعد أن جزم بالفساد - واقتصر على خبر السكوني وأورد عليه بوجوه، منها ضعف السند، وعدم المكافأة،

(١) (٢) (٣) الوسائل الباب ٢ من أبواب أحكام العقود الحديث ٣ و ٤ و ٥

(٤) الوسائل الباب ٢ من أبواب أحكام العقود الحديث ١

وشذوذ القائل به و هو الطوسي في نهايته، مع رجوعه عنها في مبسوطه قال: «ثم على المختار هل لهذا البيع حكم البيع الفاسد، فيرجع مع تلف المبيع الى المثل أو القيمة، أم لا؟ بل يرجع البايع معه الى ما في هذه الرواية، من أقل الثمنين، إلى أبعد الاجلين، قولان، أشهرهما بين المتأخرين، الاول عملاً بالاصل في البيع الفاسد، وبين المتقدمين، المتقدم ذكر جمع منهم كالمفيد والمرضى والاسكافي والقاضي وابن زهرة في الغنية، مدعيًا عليه الاجماع، الثاني، ولعله لصحيح محمد بن قيس، ولا بأس به لاعتضاد صحة سنده بمصير كثير من القدماء الى العمل به».

اذ هو كما ترى من غرائب الكلام، بل لم نعرف أحداً ممن تقدم عليه عنون هذا الخلاف، كما أنه ليس في شيء من الخبرين الاشارة الى تخصيص الحكم بتلف السلعة مع أن مخالفتها للقواعد أشد حينئذ مما فرمته، ومن العجيب نقله عن الجماعة ما عرفت، مع أنه ليس في كلام احد منهم، عدا الاسكافي الايماء الى تخصيص الحكم بالتلف، بل لعل ظاهر قول الاسكافي، لم اختر الصحة على التقديرين، وأنه يكره للمشتري القيام على هذا البيع نحو ما سمعته عن المرتضى، بناء على ارادة المعنى المصطلح من الكراهة في كلامه.

وكيف كان فمن ذلك كله ظهر لك ضعف ما استدل به للبطلان، بناء على تنزيل القول بالصحة على ما عرفت، اذ لا غرر فيه ولا جهالة بعد تعيين ثمنه، وأن الزيادة وقعت في مقابلة التأخير، على جهة الشرطية، ففسد، بل عن الارديلي انكار اندراج مثل ذلك في الغرر والجهالة، المنفيين بالشرع، على تقدير كونهما ثمينين، فضلاً عن الثمن والشرط، قال: «لأن الاختيار اليه، وعلى كل من التقديرين، فالثمن معلوم.

وربما يؤيده الحكم بالصحة من غير واحد، فيما لو قال للخياط، خط هذا الثوب اليوم أو فارسياً بدرهم، وبأقل منه أو أكثر إن خطته في غد أو رومياً، مع اشتراك الاجارة والبيع في اعتبار عدم الغرر والجهالة، لكن قد يمنع الصحة فيها ايضاً أو يلتزم تصحيح ذلك على أنه جمالة، لا اجارة لعدم اعتبار المعلومية فيها أو يفرق بين الاجارة والبيع، بأن العمل الذي

يستحق به الاجرة، لا يمكن وقوعه الا على احد الصفتين، فتعين الاجرة المسماة عوضاً له، فلا يقتضى التنازع بخلاف البيع. إلا أن الجميع كما ترى.

نعم قد يقال انه وإن كان لاجهالة فى صفة الثمن، ولكنها متحققة فى أصل الثمنية، بمعنى أنه لم يعلم بعد قبول المشتري ذلك ما صار ثمناً للجميع، وهو مناف لسببية العقد أيضاً، لأقل من الشك فى تأثيره على هذا الحال، ودعى تعيينه حينئذ باختيار المشتري ينافى انشائية العقد، وسببته المقتضية ترتيب الاثر عليه بالفراغ منه، ودعى الكشف حينئذ - مع أنه لا شاهد عليها - لا يجدي فى رفع الجهالة حين العقد، ولا فرق فى ذلك بين البيع والاجارة وغيرهما من عقود المعاوضة؛ ومن ذلك يظهر أن محل النزاع فيما لو قبله المشتري على تخيير البائع آت كما هو ظاهر الايجاب، وظاهر قوله لخدّه بأيهما شئت فى صحيح محمد بن قيس (١) فحينئذ على القول بالصحة، إن اختار ألزم باختياره، واوقبله على التردد ولم يعين كان عليه أقل الثمنين فى أبعد الاجلين للخبرين، واحتمال أن ذلك عليه - وإن اختار عملاً باطلاً فهما - ممكن لانه بتمام العقد صار حكمه شرعاً ذلك، فلا أثر لاختياره حينئذ، بل ولا للبائع مطالبته بالاختيار، ومنه يعلم شدة مخالفة الخبرين للقواعد، على هذا التقدير.

أما لو قال: قبلته نقداً أو نسيئةً فخارج عن محل النزاع، ويحتمل فيه الصحة، لوجود المقتضى من الاطلاقات وغيرها، وارتفاع المانع، ويحتمل البطلان، للشك فى تأثير نحو هذا الايجاب الذى لم يجزم موجهه بأحدهما بالخصوص، والأول لا يخلو من قوة، بناء على عدم منع مثل هذه الجهالة، وإلا فالثانى أقوى، وكذا يخرج عن محل النزاع، لو قبله على جهة التخيير للبائع، وإن كان هو واضح البطلان أيضاً، والفرض من ذلك كله، أن المتجه - بناء على العمل بالخبرين المزبورين - الجمود لعدم المنقح من إجماع وغيره، ﴿و﴾ لذا قال المصنف: ﴿لو باع كذلك إلى وقتين متأخرين كان باطلاً﴾ جازماً به

غير مظهر للتردد فيه كالاول، بل في التحرير بطل قولوا واحداً.
فمن الغريب ما في الرياض من أن ظاهر الاصحاب عدم الفرق في الحكم صحة و
بطلان بين الصورتين، وإن أشكله - هو إن لم يكن إجماعاً ، - بأن البطلان في
الثانية أقوى، لفقد المعارض فيه، لاختصاص النص مطلقاً بالصورة الاولى، قلت: لا ريب
في قوة البطلان في الثانية، بناء عليه في الاولى، ضرورة أولويتها بذلك. نعم يتجه الفرق
بينهما باحتمال الصحة في الاولى، دونها، للخبرين المزبورين. اللهم إلا أن يدعى
التنقيح، ودونه خرط الفتاد بعدما سمعت، وإن كان هو مقتضى ما سمعته من عبارة المقنعة
وإجماع الغنية، والله اعلم.

﴿وإذا﴾ باع شيئاً شخصياً طعاماً أو غيره. ﴿اشتراط: تاخير الثمن إلى أجل﴾
معلوم ﴿ثم ابتاعه البائع﴾ أو غيره من المشتري بعد قبضه ﴿قبل حلول الاجل، جاز
زيادة كان﴾ على الثمن الأول ﴿أو نقصان﴾ أو مساواة بالجنس أو بغيره، ﴿حالا و
مؤجلا﴾ بما يساوي الأجل الاول، أو يزيد عليه أو ينقص عنه، بلا خلاف أجده فيه،
كما اعترف به في الرياض، والمحكي عن مجمع البرهان، بل في الاخير كان دليله
الاجماع. نعم في مفتاح الكرامة خاصة عن المراسم إن باع ما ابتاعه إلى أجل قبل
حلول الأجل فبيعه باطل، معترفاً بأنه لم يجد أحداً نقل عنهما الخلاف قبله. قلت: قد
يريد السلف أو الاعم منه من غيره، لا مانع فيه، بل لعله الظاهر منه.

وعلى كل حال فلا ريب في الحكم المزبور، لاطلاق الأدلة وعمومها، أو خصوص
خبر علي بن جعفر المروي عن كتاب مسائله (١) قال: سألت أخى موسى عليه السلام عن
رجل باع ثوباً بعشرة دراهم إلى أجل، ثم اشتراه بخمسة دراهم نقداً أي حل؛ قال: إذا لم
يشترط ورضيا فلا بأس. كما طلاق خبره المروي عن قرب الاسناد (٢) المحذوف فيه لفظ

الأجل والنقد وصحيح بشار (١) سأل أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يبيع المتاع نسيئاً، فيشتريه من صاحبه الذي يبيعه منه؟ قال: نعم لا بأس به، فقلت له: أشتري متاعاً؟ فقال: ليس هو متاعك ولا بقرك ولا غنمك « وخبر الحسين بن منذر (٢) قال: « قلت لأبي عبد الله عليه السلام: يجيئ الرجل فيطلب العينة، فاشتري له المتاع من أجله، ثم أبيع له إياه، ثم أشتريه منه مكاني؟ فقال: إذا كان بالخيار إن شاء باع، وإن شاء لم يبع، وكنت أنت بالخيار إن شئت اشتريت، وإن شئت لم تشتري؟ فلا بأس قلت: فإن أهل المسجد يزعمون أن هذا فاسد، ويقولون: إن جاءه بعد شهر صلح، فقال: إنما هذا تقديم وتأخير فلا بأس به» بناء على أن العينة، شراء ما باعه نسيئاً، كما حكاها عن بعضهم في الدروس، لكن فيها قبل ذلك، أنها لغة وعرفاً شراء العين نسيئاً، فإن حل الأجل فاشتري منه عينا أخرى نسيئاً ثم باعها، وقضاء الثمن الأول كان جائزاً، وتكون عينة على عينة، وعليه أيضاً يتم الاستدلال؛ ضرورة عدم اعتبار كون بيع القضاء على غير البايع فيها.

نعم عن ابن ادريس؛ أن اشتقاقها من العين وهو النقد، وفسرها بشراء عين نسيئاً لمن له عليه دين، ثم يبيعها عليه بدونه نقداً ويقضى الدين الأول، تخرج عما نحن فيه؛ مع احتمال عدم اعتبار كون العين من غير البايع وحينئذ يتم الاستدلال عليه أيضاً ولو بالاطلاق، على أن المحكي عنه في الدروس أنه فسرناها بشراء عين نسيئاً ممن له عليه دين ثم يبيعها عليه بدونه نقداً ويقضى الدين الأول فيكون حينئذ مما نحن فيه، إلى غير ذلك مما لا حاجة إليه، بعد ما عرفت من عدم الاشكال في المقام.

وخبر منصور بن حازم (٣) قال: «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون له على الرجل طعام أو بقر، أو غنم، أو غير ذلك فأتى الطالب المطلوب ليبتاع منه شيئاً؟ فقال: لا يبعه، نسيئاً وأما نقداً فليبعه بما شاء» يمكن أن يكون المراد منه أن الطالب

(١) و(٢) الوسائل الباب ٥ من أبواب أحكام العقود الحديث ٢٠٣

(٣) الوسائل الباب ٤ من أبواب أحكام العقود الحديث ٨

أراد شراء المطلوب مماله عليه من الطعام فعلا بعد حصوله فقال : لا يبعه عليه نسيئة لأنه يكون بيع دين بدين على بعض الوجوه ، أما نقدا فلا بأس ، ولعل شيئا فيه مصحف نسيئا حينئذ يكون خارجا عما نحن فيه . فتأمل جيدا . وفي الرياض أنه مجمل ، محتمل الحمل على الكراهة جمعائنه وبين غيره مع عدم مكافأته قطعا .

وعلى كل حال فلا ينبغي التوقف في شيء من شقوق المسألة . نعم يستفاد من خبر ابن المنذر وخبري على بن جعفر (١) أن ذلك جائز ﴿إذالم يكن شرط﴾ البايع الأول على المشتري ﴿ذلك في حال بيعه﴾ عليه ، ولذا نص على اشتراط ذلك في الجواز جماعة ، بل نسبه في الرياض إلى الأصحاب ، وأنه لا خلاف فيه ، وفي المحكي عن الكفاية لأعلم خلافا بينهم في البطالان عند الشرط ، والمفاتيح الظاهر اتفاقهم على بطلانه قلت : قد يظهر الخلاف من إطلاق الجواز في المقنعة والنهاية ومحكي السرائر بل قد يظهر من جامع المقاصد والمسالك وغيرهما عدم اعتباره ؛ لاقتصارهم على الاستدلال له بما في التذكرة من الدور ، وبأنه لم يقصد النقل معه ، وإفساده بما لا يزيد عليه ، وهو كذلك سواء قرر الدور بأن انتقاله إلى المالك موقوف على حصول الشرط ، وحصوله موقوف على انتقال الملك ، أو بأن يبعه له يتوقف على ملكيته له المتوقعة على بيعه

وعلى كل حال فيه أن المتوقف على حصول الشرط هو اللزوم ، لا الانتقال وتوقف تملك البايع على تملك المشتري لا يستلزم توقف تملك المشتري على تملك البايع كما هو واضح ، والالماصح في باقي شرائط من العتق ونحوه خصوصاً شرط بيعه للغير الصحيح اجماعاً محكياً أن لم يكن محصلاً ، على أن تملك المشتري فيما الوجه الشرط يبعه من البايع بعد الاجل قبل الاجل واضح واشتراط البيع يؤكد قصد النقل إلى المشتري ، لأنه ينافيه ، وإلنافاء إذا كان من قصدهما ذلك ، وإن لم يشترط ، مع أن العقود تتبع القصد ، والاتفاق كما في الروضة وغيرها على الصحة ، وما هو إلا أن قصده بعد ملك المشتري له ، غير مناف لقصد البيع بوجه ، وإنما المانع عدم القصد إلى ملك المشتري أصلاً بحيث لا يترتب عليه

حكم الملك وهو غير ما نحن فيه كما أن احتمال كون الدور لو كان الشرط ملكه للبائع بالثمن المعين بهذا العقد ، منافي للمفروض في كلامهم على أنه قد يقال : بصحته ، وترتب ملك البائع على ملك المشتري آناً ، نحو اعتق عبدك عني ، بمعنى الترتب الذاتي لا الزماني . فانهصر الدليل حينئذ في النصوص المزبورة .

لكن قد يناقش فيها بالطعن في السند ، وكون المفهوم فيها الباس الذي قد يمنع استفادة الحرمة منه عرفاً ، فضلاً عن الفساد ، مضافاً إلى احتمال خبر ابن منذر منها على اعتبار عدم اشتراط المشتري على البائع ذلك أيضاً ، ولم يعرف قائلابه . بل قد يستفاد منه لزوم الشرط لو شرط ، وأن به يرتفع الخيار للبائع أو المشتري ، وإن كان يحرم البيع الثاني أو هوو البيع الأول بالشرط ، ويكون الحاصل حينئذ حرمة الاشتراط ، وإن كان لو فعل التزم به ، وهو غير اشتراط المعرّم الذي يفسد ويفسد العقد على قول فتاقل . على أن ظاهر خبر على بن جعفر (١) اشتراط البيع بنقيصة ، بل لعله المراد من خبر ابن منذر (٢) فالتعديعية إلى المساوي والزائد تحتاج إلى دليل ، وثبوت اجماع معتد به هنا على عدم الفصل محل منع ، اذ لم يحك عن أحد التعرض لأصل الشرط المزبور قبل المصنف الا عن المبسوط خاصة في باب المراجعة ، ولعله لذلك وغيره أو ما أول الشهيدين إلى التردد في ذلك ، في المحكي عنه في غاية المراد بقوله «إن كان في المسألة اجماع فلا بحث»

ثم لا يخفى أن المتجه بناء على العمل بالنصوص المزبورة الجمود عليها ، فلا يتعدى لغير البيع من العقود ولاله اذا كان الثمن عيناً في وجد ، أو كان الشرط بيعه من غير البائع ، أو نقله إليه بغير البيع ولا لاشتراطه في عقد آخر و نحو ذلك مما لا دلالة فيها عليه ، كى يتجه تخصيص عموم أدلة الشرط بها ، ودعوى التنقيح مع عدم المنقح كما ترى ، بل لولا مخافة المخالفة لاجماع الاصحاب لأمكن حمل هذه النصوص على الائتم بالاشتراط كما عرفت ، أو على ارادة الكراهة مع شرط البيع بنقيصة ، لانه كالحيلة

فى تبريقه الدراهم أو غير ذلك . والله اعلم

﴿و﴾ كيف كان ف ﴿ان حل الاجل﴾ ولم يقبض الثمن ﴿فابتاعه بمثل ثمنه من غير زيادة﴾ ولا نقیصة ﴿جاز﴾ بلا خلاف ﴿وكذا ان ابتاعه بغير جنس ثمنه بزيادة أو نقیصة حالاً أو مؤجلاً﴾ للاصل ، وإطلاق الأدلة السابقة ، وإطلاق خصوص صحيح منصور بن حازم (١) قال للصادق عليه السلام : «رجل كان له على رجل دراهم من ثمن غنم اشتراها منه ، وأتى الطالب المطلوب يتقاضاه ، فقال له المطلوب : أبيعك هذه الغنم بدراهمك التى لك عندي ؛ فرضي ؟ قال : لا بأس بذلك » وموثق يعقوب بن شعيب وعبيد بن زرارة (٢) أو صحيحها « سأل أبا عبد الله عليه السلام عن رجل باع طعاماً بمائة درهم الى أجل . فلما بلغ ذلك الاجل ، تقاضاه ، فقال : ليس عندي دراهم ، خذمني طعاماً ، فقال : لا بأس به فأنما له دراهم يأخذها ما شاء » الى غير ذلك .

﴿و﴾ أما ﴿ان ابتاعه بجنس ثمنه بزيادة أو نقیصة ففیه روايتان﴾ اشبههما و ﴿اشهرهما﴾ ما سمعته من روايات ﴿الجواز﴾ بل لم أجد من يميل برواية المنع غير الشيخ فى النهاية بالنقيصة ، وفى التهذيبين بالزيادة ، وهى خبر خالد بن الحجاج (٣) «سأل أبا عبد الله عليه السلام عن رجل بعته طعاماً بتأخير الى أجل مسمى : فلما جاء الأجل أخذته بدراهمى فقال : ليس عندي ، ولكن عندي طعام فاشتره مني ؟ فقال : لا تشتره منه فإنه لا خير فيه » وخبر عبد الصمد بن بشير (٤) قال : سأل الصادق عليه السلام أيضاً محمد بن القاسم الحنط فقال : أصلحك الله أبيع الطعام الرجل الى أجل ، فاجبىء وقت تغير الطعام من سعره فيقول : ليس لك عندي دراهم ؟ قال : خذمنه بسعر يومه قال : أفهم أصلحك

(١) الوسائل الباب ٥ من ابواب احكام العقود الحديث ١

(٢) الوسائل - الباب ١١ من ابواب السلف الحديث ١٠

(٣) الوسائل الباب ١٢ من ابواب السلف الحديث ٣

(٤) الوسائل الباب ١٢ من ابواب السلف الحديث ٥

الله إنه طعامي الذي اشتراه مني قال : لا تأخذ منه حتى يبيعه ويعطيك قال : أرغم الله أنفي رخص لي ، فرددت عليه ، فشدد علي ، وخبر الحلبي (١) قال : «سئل أبو عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى ثوبا ثم رده على صاحبه ، فأبى أن يقبله إلا بوضيعة ، قال : لا يصلح له أن يأخذه ؛ فإن جهل وأخذ به أكثر من ثمنه رد على صاحبه الأول ما زاد» وهي جميعاً كماترى غير مكافئة لغيرها من وجوه ، خصوصا بعد الطعن في السند واختصاص الأولين بالطعام ، واحتمال الأول منهما الارشاد والكره كما يؤمى إليه التعليل ، وعدم التصريح فيه بأنه طعامه الذي باعه إياه ، ولا بزيادة الثمن أو نقيصة ، والثاني - مضافا إلى كثير من ذلك - أن السائل لما طمع أن يرخص له أخذ طعامه الذي دفعه إليه ، مع أن القيمة قد زادت ، وهو لا يستحق إلا دراهم ، لم يرخص له إلا أن يأخذ بسعر يومه ، بل لعل ذلك هو الظاهر منه ، كظهور الثالث في الإقالة بالنقيصة ، المجمع على عدم جوازه ، كالزيادة بحسب الظاهر.

فلا ينبغي التوقف حينئذ في الحكم المزبور في الطعام ، فضلا عن غيره ، وإن حكى عن بعضهم موافقة الشيخ في الأول ، ولا ريب في ضعفه ، وأضعف منه ما عن خلاف الشيخ من أنه لا يجوز شراء طعام ممن باعه طعاما قبل نقد الثمن ولو غير ما باعه إياه بزيادة عن ثمنه ، لا دأته إلى بيع الطعام بطعام بزيادة ، وفيه أن العوض دراهم لا طعام ، هذا كله إذا لم تتغير السلعة.

أما إذا تغيرت عن حالة البيع ، كالهزلة ؛ أو نسيان الصنعة ، أو تمزيق الثوب ، ففي التحرير «جاء شرائه إجماعاً وإن كان لا يخلو إطلاقه من بحث في الجملة ، وقد بان لك من ذلك كله أن شراء المبيع المؤجل ثمنه ، إما أن يكون قبل حلول أجله ، أو بعده ، وعلى التقديرين ، فإما أن يكون البائع قد اشترط شرائه في نفس العقد أولا ، وعلى كل تقدير فإما أن يشتريه بجنس الثمن وقدره ، أو بزيادة ، أو بنقيصة ، أو بغير جنس ، إما حالا ، أو

مؤجلا، فيكون الحاصل من ذلك كما في حاشية الكركي على الارشاد أربع وعشرون صورة، يظهر بادي تأمل بطلان اثنتي عشرة منها والخلاف في أربع إلى أن قال: وفي شرح الارشاد للشهيد أن الحاصل من ضرب صورتى اشتراط شراء المبيع في نفس العقد وعدمه، في الشراء بزيادة أو نقصان، أو بمساواة الجنس الثمن أو بغير جنسه، حالا أو مؤجلا، ستة عشر، وهو غير ظاهر، بل اثنتا عشر صورة، لان الشراء بالجنس، لا يخرج عن الزيادة والنقصان والمساواة فهي ثلاث وبغير الجنس والحلول والتأجيل ثلاثة اخرى، ومضروب الست، في اثنتين اثنتا عشرة وإذا ضربت في صورتى الشراء قبل حلول الاجل أو بعده، تبلغ اربعا وعشرين لاثنتين وثلاثين كما ذكره فلي تأمل «قلت: لعل الشهيد نظر الى ان الحلول والتأجيل لكل من الاربعة، اى البيع بغير الجنس وبه زائد أو ناقصا أو مساويا، وعليه تكون ستة عشر فاذا ضربت في صورتى الشراء قبل حلول الاجل وبعده، تبلغ اثنتين وثلاثين. والامر سهل. نعم عن الشهيد في شرحه المزبور و احتمال الحاق البيع بالجنس مساويا مؤجلا في صور الخلاف، لان للاجل زيادة: وفيه أن العكس أقوى منه احتمالا، اذ المفروض ان المبيع كان مؤجلا، فيبعه بمقدار ثمنه حالا مخالف لثمنه، بل هو كذلك مع نقصان الاجل عن أجله، أو زيادته، والله اعلم

﴿ولا يجب على من اشترى مؤجلا أن يدفع الثمن قبل الاجل وإن طوّل﴾
اجماعا أو ضرورة ﴿وإن دفعه تبرعاً لم يجب على البائع أخذه﴾ وإن لم يكن ضرر عليه بذلك، بل خلاف أجده بيننا، بل في الرياض «الاجماع عليه كالاول» وفي جامع المقاصد «نسبة الخلاف فيه الى بعض العامة» ولكن قد يتخيل الوجوب، وأنه كالدين الحال في ذلك، لان فائدة التأجيل الرخصة للمشتري بالتأخير، لاعدم وجوب الاخذ لو دفعه اليه قبله، فمصلحة مختصة به، ولذا يزداد الثمن عليه من أجله، وله طلب النقصان في مقابلة التعجيل، وعقد البيع بلا اجل يقتضى وجوب الدفع والاخذ، و اشتراط الرخصة للاول لا يستلزمها للثاني، بل الظاهر أن المراد من الاجل التوسعة في ذلك الزمان الى نهاية

الأجل، أى لا يضيق الأجل ذلك الزمان كالواجب الموسع، وقد يتفرع على ذلك أن للمشتري إسقاط حق التأجيل كما فى غير من الحقوق

لكن فى القواعد «أنه لو أسقط المديون أجل الدين الذى عليه لم يسقط وليس لصاحبه المطالبة فى الحال» وعلمه فى جامع المقاصد «بأن ذلك قد ثبت بالعقد اللازم لانه المفروض، فلا يسقط بمجرد الاسقاط، ولأن فى الأجل حقاً لصاحب الدين ولهذا لا يجب قبوله قبل الأجل، أموالو تقايلاً فى الأجل فانه يصح، ولو نذر التأجيل فانه يلزم، وينبغى أن لا يسقط بتقايلهما إذا التقايل فى العقد لافى النذر»

وفيه أن ثبوته بالعقد اللازم، لا يمنع من سقوطه بالاسقاط، كاشتراط الخيار و نحوه، ويمكن منع حقية صاحب الدين فيه وإتفاق وجود مصلحة له فى ذلك، لاينا فى كونه من حقوق المشتري، كالخيار المشروط له، كما أنه يمكن منع مشروعية التقايل فيه خاصة دون أصل العقد، ولو صح رجوع الى الاسقاط، ومع فرض أنه من حقوق المشتري خاصة، لم يعتبر اتفاق البايع معه على الاسقاط الذى هو بمنزلة الإبراء، بل هو منه، كما أومى اليه هو فى حاشية الارشاد فى مسألة التعجيل بالنقيصة، بل لعله الظاهر من القواعد فى باب السلم.

وما فى الرياض من أنه نمنع استلزام انحصار فائدته فى الرخصة للمشتري بعد تسليمه وجوب الأخذ على البايع مع مخالفته الأصل الخالى عن المعارض من النص و الاجماع، لاختصاصه بغير صورة الفرض - يدفعه ما عرفت من اقتضاء العقد ذلك، وأن الشرط المزبور حق للمشتري خاصة، فيسقط باسقاطه كغيره من الشرائط التى له على البايع، فالعمدة حينئذ الاجماع المزبور. والله اعلم.

﴿وإن حل﴾ الاجل ﴿فمكنه﴾ المشتري ﴿منه﴾ بعد المطالبة او قبلها
﴿وجب على البايع أخذه﴾ اذا كان مساوياً لما فى الذمة قدر اوجنسا ووصفاً، بخلاف

أجده فيه أيضاً، بل في الرياض الإجماع عليه، وهو الحجة بعد حديث الضراز (١) الشامل للمقام، ضرورة تحقق الضرر على المشتري ببقائه مشغول الذمة، وقد يناقش في الوجوب من حيث الدفع بارتفاع الضرر بقبض الحاكم مع الامتناع أو بتشخص المدفوع للمشتري بحيث يكون الضمان منه معه، والعقد إنما يقتضي ملك الثمن على المشتري لا وجوب قبضه فهو كما لو كان الثمن عينا، فإنه لا يجب عليه القبض من حيث الدفع، بل هو إن كان من حيث حرمة الائتلاف، وتدفع بأن الثابت من الأدلة ذلك خصوصاً قوله تعالى (٢) «أو فوا بالعقود» فإن وجوب الوفاء بها يتبع وجوب الدفع ووجوب القبول وحينئذ إذا انتفى سقط اعتباره، إذ هو كالدفء من المديون يجب عليه أو لا فإذا امتنع جاز التقاس من ماله

وكيف كان ﴿فإن امتنع﴾ البائع ﴿من أخذه﴾ ثم هلك من غير تفريط ولا تصرف من المشتري كن من مال البائع على الظاهر ﴿بل لا أجدي دخلاً فأمع تعذر الحاكم﴾، لأن في هلاكه من المشتري ضرراً عظيماً، فيكون منقياً بالنص (٣) وتعين الدين بالقبض ممن له أو من يقوم مقامه - ولذا كان للمديون تغييره مالم يقبض - وإنما هو في غير الفرض، ضرورة أن التعيين كما يتوقف على قبض المالك يتوقف على تعيين المديون، فإذا امتنع أحدهما في محل الوجوب وجب أن يسقط اعتباره، حذرأ من لزوم الضرر

إنما الكلام في اعتبار الحاكم وظاهر لأصحاب قصر الحكم هنا عليه: إذ لم أجدي كلام من وقفت عليه منهم ذكر غيره إلا في الحقائق فجعل عدول المؤمنين مرتبة أخرى هنا، وهو موقوف على عموم ولايتهم لمثل المقام، وفيه بحث، بل قد يظهر من إطلاق الشيخين وابن حمزة في المقنعة والنهاية والوسيلة والمتن والنافع والمحكي عن

(١) الوسائل الباب ١٧ من أبواب الخيار الحديث ٥٣

(٢) سورة المائدة الآية ١

(٣) الوسائل الباب ١٧ من أبواب الخيار الحديث ٣-٢

الديلمي والقاضي وكذا القمى عدم اعتبار الحاكم فى التلف من البايع ، ولعله لعدم ثبوت ولايته فى المقام ، وإطلاق حديث الضرار ؛ خلافاً للفاضل فى جملة من كتبه والشهيدين والكركي ومحكي المبسوط والسرائر ، بل ربما قيل : إنه المشهور فخصوه بما إذا تعذر الحاكم ، ومقتضاه ، كون المقاصة من المساوى للدين كذلك ، إقتصاراً فيما خالف الأصل الدال على عدم تعيين الثمن للبايع حيث كان كلياً إلا بقضه على محل الوفاق ، والتفاتا إلى اندفاع الضرر عن المشتري بالدفع إلى الحاكم ، فلو قصر كان كالمفرط فى المال ؛ - من حيث تمكنه من دفعه إلى مستحقه أو نائبه ، فيكون من ماله ، وإلى أن الحاكم كما أنه قائم . مقام الغائب ، يقوم مقام للمتنع عمن يجب عليه ؛ ولذا يأخذ الزكاة منه قهراً ، ويتولى النية ، ويؤدي ديونه وما يجب عليه من نفقة ونحوها من ماله

نعم هل يجب ذلك كما هو ^{زاد}وظيفته ؟ لكن فى الدروس عن ابن ادریس وجوب القبض ^{الى} على الحاكم بمجرد الامتناع ، أو مع تعذر جبره على الواجب وسؤال البايع القبض ؟ قديقوى الثاني ، ومنه يعلم حينئذ وجوب جبر الحاكم له على ذلك كما هو وظيفته ، لكن فى الدروس عن ابن ادریس وجوب القبض على الحاكم ، ولا يجب عليه الا جبار على القبض أو الا برأ ، واستبعده فيها ، وهو كذلك .

نعم يمكن القول بعدم إجباره إن لم يسأله الدافع ، كما فى سلم جامع المقاصد قال : «لأن يده يدرى بها المدفوع له ، ولم يصدر منه ما ينافيها» وقال فيه أيضاً : «إن للحاكم قبضه وإن لم يجبره على قبضه ، وأنه لو لم يسأله الدافع لم يجب عليه قبضه ، وإنه يجوز ذلك له وإن لم يسأله» وفيه بحث فى الجملة يعرف مما ذكرنا .

ثم إن من الواضح عدم وجوب الدفع إلى الحاكم بعد الامتناع ، بناء على اعتباره ، لعدم تشخص المدفوع للبايع ، بل هو باق على ملك المشتري ، فله التصرف فيه وإبقاء الحق فى ذمته . نعم إذا أراد إبراء ذمته من الحق دفعه إلى الحاكم ، إذا الظاهر الاتفاق على تشخصه بقضه له ، وربما ظهر من بعض مشايخنا عدمه .

نعم يكون تلفه منه خاصة ، و بناء على التشخيص بالإمتناع من غير حاجة إلى قبض الحاكم يمكن القول بوجوب دفعه إليه ، لأنه مال مسلم محترم يتمكن وصوله من وليه فيجب ، والأقوى عدم الوجوب ، للأصل ،

لكن هل يبقى أمانة في يده يجب حفظها أولا ؟ قد يظهر من المتن والدروس وغيرهما الأول ، بل هو صريح اللمعة ، والثاني لا يخلو من وجه بل قوة ، قال في جامع المقاصد : « إذا امتنع المالك من القبض وتعذر الحاكم ، زال الضمان عن الدافع بالتعيين لكن هل هو مشروط بالحفظ بمجرى العادة فيكون أمينا أم لا ؟ فلا يكون الحفظ واجبا عليه ، لم أجد به تصريحاً للأصحاب ، لكن قوة التأمل في كلامهم تشهد للثاني حيث أطلقوا نفى الضمان عنه ، دفعا للضرر ، ولو وجب الحفظ الدائم لبقى الضرر المحذور ، وألزم بالضمان بالتقصير فيه ، ويتجه الفرق بين ما إذا عرضه على المالك بعد تعيينه ولم يأت به لكنه أعلم بالحال ، وبين ما إذا أتاه وطرحه عنده ، فينتفى وجوب الحفظ في الثاني ، دون الأول ، وإن اشتركا في عدم الضمان » و نحوه في حاشية الإرشاد له ؛ ولعل مراده بالاشتراك في عدم الضمان على تقدير عدم التفريط ، لا مطلقا ، فلا ينافي ما تقدم من قوله لو وجب ألزم بالضمان .

وعلى كل حال ففي جريان مثل ذلك في الحاكم لو قبضه إشكال ، لكن في المسالك في باب السلم في شرح قول المصنف ، ولو امتنع قبضه الحاكم إذا سأل المسلم إليه ذلك قال : « هذا مع إمكانه ، ومع تعذره يخلى بينه وبينه ؛ وثبر أذعته و إن تلف ، و كذا يفعل الحاكم لو قبضه ، إن أم يمكن إلزامه بالقبض » كالأشكال في أصل ثبوت التشخيص بالإمتناع مطلقا أو مع تعذر الحاكم على اختلاف القولين وإن كان ظاهر الأصحاب ذلك ، بل هو صريح جماعة منهم ، وقد يحتمل العدم ، وإن كان لو تلف يكون من مال البائع على كل حال ، إذ به يتحقق رفع الضرر ، و يحصل الجمع بين قاعدة عدم التشخيص بالإقبض ذي الدين ، وبينه

وربما أومى إليه فى الدروس قال : « ولو امتنع البائع أثم ، ولو هلك بعد تعيينه فمن ماله ، مالم يفرط فيه المشتري أو يتعدي ، و للمشتري التصرف فيه ، فيبقى فى ذمته ؛ ضرورة ان جواز تصرف المشتري فيه مستلزم لبقاء ملكه عليه ، و حينئذ فالنماء بين التعيين والتلف له ، أللهم إلا أن يقال : يمكن التزام الشهيد بأنه ملك البائع متزلزلا ؛ فله الرجوع فيه ، فالنماء حينئذ له ، إلا إذا أعاده المشتري إلى ملكه و فى الروضة « إنه ربما قيل ببقائه على ملك المشتري و إن كان تلفه من البائع »

ثم إنه قد ينقدح بناء على التشخيص القول بمثله فيمن أجبره الظالم على دفع نصيب شريكه الغائب فى مال على حكم الاشاعة ، بحيث يتعين المدفوع للشريك ولا يتلف منهما ماعاً ، وكذا لو تسلط الظالم بنفسه ، وأخذ قدر نصيب الشريك ، لكن فى جامع المقاصد و حاشية الارشاد لم أجد تصريحاً للأصحاب بنفى ولا إثبات ، مع أن الضرر قائم هنا ، وفى الأول إن المتجه عدم ، وفى الثانى إن الحكم مشكل ، قلت : ويؤيده الأصل وعدم التقصير من الشريك فلا ضرر من قبله . والله أعلم .

﴿ وكذا ﴾ البحث بتمامه ﴿ فى طرف البائع إذا باع سلباً ﴾ لكن صرح المصنف هناك بقبض الحاكم ، ولا فرق بين المقامين على الظاهر ﴿ وكذا كل من كان له حق ، حال أو مؤجل ، فحل ثم دفعه ، و امتنع صاحبه من أخذه ، فإن تلفه من صاحبه الذى يجب عليه قبضه على الوجه المذكور ﴾ لانحداد الجميع فى المدرك كما هو واضح لكن لا يخفى أنه قد ذكرنا ذلك كله موافقة لكلماتهم التى جملة منها مجرد دعوى بلا دليل فضلاً عن أن يصلح قاطعاً لأصالة عدم تشخص الدين وعدم ملك المستحق ، وعدم برائة ذمة المستحق عليه فى جملة من الصور المفهومة من كلامهم ، كدعوى ملك المستحق لما يعينه المديون متزلزلاً على وجه يجوز للدافع الرجوع به أو دعوى أنه باق على ملك الدافع ولكن التلف يكون من مال الديان .

نعم قد يقال : فى خصوص ماله مكنه منه على وجه يدخل به تحت

يده عرفا ، وتحت سلطانه وتحت قبضته برأت ذمة المديون وصيرورة المال ملكا للديان
لأنه قبض أو ك القبض ، ضرورة صدق الأداء والوفاء والإعطاء ونحوها مما هو مستفاد
من خطاب الديان ، وكذا بالنسبة إلى أداء الأمانة ، وإيصال المغصوب ، وخروج المبيع
عن ضمان البائع ، وربما يشهد لذلك في الجملة ما ذكره في غير المقام ، من صدق الوفاء
وإيصال الحق إلى مستحقه ، بالدس في المال على وجه يدخل في قبضته وتحت سلطانه ،
ويمكن تنزيل عبارة المتن ونحوها على هذه الصورة ، ولذا لم يعتبر والاذن الحاكم ،
بخلاف غيرها من الصور التي لا يصدق معها التمكين فعلا . وإن قال له : إن حقك موجود
هو في الدار ونحو ذلك ، مما هو طلب للتمكين منه ، لأنه مكنه فعلا ، فإن الظاهر عدم
تشخص الحق بذلك ولومع تعذر الحاكم والمعدول ، للأصل بل الأصول ، ومشرعية
المقاصة لا تقتضي مشروعية ذلك .

نعم هنا بحث في ولاية الحاكم عنه في القبض حينئذ أو في حال الغيبة ، وأراد
المديون فراغ ذمته وهو شيء آخر ، غير مانع فيه ، من تعيين من عليه الحق ، و
بذلك يظهر لك النظر في جملة من الكلمات ؛ حتى ماسمعت من الكركي ، فانه وإن
كان قد حام حول الحمى فيما ذكره من مسألة وجوب الحفظ وعدمه ، إلا أن ظاهر الاكتفاء
بتعيينه في الصورة الأولى ، وإن وجب عليه الحفظ ، فلاحظ وتأمل والله العالم .

﴿ ويجوز بيع المتاع حالا ومؤجلا ، بزيادة عن ثمنه ﴾ ونقصان جوازاً لا خيار
فيه ﴿ إذا كان ﴾ كل من البائع و﴿ المشتري عارفا بقيمته ﴾ مالم يكن سفها ، و
الابطال العقد إن كان بعد تحجير الحاكم أو قبله ، بناء على عدم الحاجة إليه في منع
تصرفه ، كما أن للمغبون منهما الخيار مع الجهل بالقيمة ، بخلاف ولا إشكال في
شيء من ذلك ، وإن كان في عبارة المتن وغيرها من عبارات الأصحاب خلل ما في تادية
ذلك ، إلا أنه سهل بعد وضوح الحال ومعلومية الحكم .

وكذا لا خلاف ﴿ و ﴾ لا إشكال في أنه ﴿ لا يجوز تأخير ثمن المبيع ولا شيء من

الحقوق المالية بزيادة فيها ❀ لأنه ربما حرم كتابا (١) وسنة (٢) وإجماعا ، فازيجوز سواء وقع على جهة البيع ، أو الصلح ، أو الجعالة ، أو غيرها ، ولو اشترط في عقد آخر فسد وأفسد ، اذ هو لا يحلل الحرام .

نعم لا بأس بجعل الزيادة الهبذولة في ثمن مبيع آخر ، لافي مقابلها ، مع اشتراط التأخير في الدين الحال الى الأجل المسمى ، كما صرح به النصوص والفتاوى قال محمد بن إسحق بن عمار (٣) للرضا عليه السلام : « أل رجل يكون له المال ، فدخل على صاحبه ، يبيعه لؤلؤة بألف درهم ، تساوي مائة درهم ويؤخر عليه المال إلى وقت ؟ فأجابه لا بأس قد أمرني أبي ففعلت ذلك » وقال لأبي الحسن (٤) : « يكون لي على الرجل درهم ، فيقول : أخرني بها وأنا أرتبك ، فأبيعه جبة تقوم على ألف درهم ، بعشرة آلاف درهم ، أو قال : بعشرين ألف وأؤخره بالمال ؟ قال : لا بأس » وقال عبد الملك (٥) : « سأنته عن الرجل أريد أن أعينه المال ويكون لي عليه مال قبل ذلك ، فيطلب مني مالا أزيده على مالي الذي لي عليه ، أيسقيم أن أزيده مالا وأبيعه لؤلؤة ، تساوي مائة درهم بألف درهم ، فأقول أبيعك هذه اللؤلؤة بألف درهم على أن أؤخر بثمانها بمالي عليك بكذا وكذا شهرا ؟ فقال : لا بأس » إلى غير ذلك مما عو صريح في الجواز على الوجه المزبور وظاهر في عدمه مع جعل الزيادة في مقابل التأخير ، ولا يقدح في ذلك كونها حيلة للتخلص من الربا ، بعد أن وردت بها النصوص وأفتى به الاصحاب ، بل هي على مقتضى الضوابط الشرعية ، ونعم الحيلة ، ما يفرّ بها من الباطل إلى الحق .

❀ (و) كذا ❀ يجوز تعجيلها ❀ أي سائر الحقوق المالية المؤجلة ❀ بنقصان منها ❀

(١) سورة البقرة الآية ٢٨٨

(٢) الوسائل الباب ١ من ابواب الربا

(٣) الوسائل الباب ٩ من ابواب احكام العقود الحديث ٤

(٤) (٥٢٤) الوسائل الباب ٩ من ابواب احكام العقود الحديث ٤٢٤

بلاخلاف أجدّه فيه على جهة الصلح ، وهو المسمى بالحطيطة أو الأبراء من كل منهما ، ويدل عليه - مضافاً إلى الأصل - مرسل أبان (١) عن الصادق عليه السلام « سألته عن الرجل يكون له على الرجل الدين ، فيقول له قبل أن يحل الأجل : عجل النصف من حقي على أن أضع عنك النصف أيحلّ ذلك لواحد منهما ؟ قال : نعم » وقال ابن أبي عمير (٢) : « سئل الصادق عليه السلام عن الرجل يكون له دين إلى أجل مسمى ، فيأتيه غريمه ، فيقول له : أنقذني كذا وكذا ، وأضع عنك بقيته ، أو يقول : أنقذني بعضه وأمدّ لك في الأجل فيما بقي عليك ؟ فقال : لا أرى به بأساً ، إنه لم يزد على رأس ماله ، قال الله جلّ ثناؤه (٣) «ولكم رؤس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون» ونحوه صحيح محمد بن مسلم (٤) ومنهما يعلم جواز الصلح عن التأخير بغير الزيادة ، لعدم تحقق الرافيه هنا . فتأمل جيداً وستسمع في باب القرض تمام البحث في هذا المسألة . انشاء الله تعالى والله أعلم .

﴿ ومن ابتاع شيئاً بثمن مؤجل وأراد بيعه مرايحة ﴾ أي بالزيادة على رأس المال بما يتراضيان به ، كما أن التولية ، البيع بما يساويه ، والوضعية بالأفقص ، والمساومة بما يقع الرضا به من غير اعتبار لرأس المال ، والواجب في الأول الأخبار بقدر الثمن و جنسه ووصفه ، فمع فرض أنه مؤجل ﴿ فليذكر الأجل ﴾ لأن له قسطاً من الثمن ﴿ فإن باع ﴾ حالاً أو إلى أجل دون أجله ﴿ ولم يذكره ﴾ صح البيع بلا خلاف ، بل الإجماع بقسميه عليه للعموم وخصوص النصوص (٥) ووجود المقتضى ، مع عدم ما يصلح للمانعية ، سوى التدليس المزبور الذي هو كالداعي إلى تعلق الرضا والقصد إلى البيع المخصوص .

نعم ﴿ كان المشتري بالخيار بين ردّه ، وإسماكه بما وقع عليه العقد ﴾ للتدليس ،

(٢٠١) الوسائل - الباب ٧ من أبواب الصلح الحديث ١-٢

(٣) سورة البقرة الآية ٢٧٨

(٤) الوسائل الباب ٣٢ من أبواب الدين الحديث ١

(٥) الوسائل الباب ٢٥ من أبواب أحكام العقود

ج ٢٣ (في وجوب ذكر الاجل على من ابتاع شيئاً بثمن مؤجل واراد بيعه مرابحة) ١٢٣-

ولفوات ماهو كالشرط والوصف ، ولحديث الضرار (١) المنجبر هنا بقتوى كثير ، بل في تعليق الارشاد الاكثر ، بل في الرياض أنه الاشهر بين الطائفة ، سيما متأخريهم بل ظاهرهم الاتفاق عليه كافة ، إلا من الشيخ في النهاية والقاضي وابن حمزة ، بل في موضع آخر منه أنه المشهور شهرة عظيمة كادت تكون إجماعاً من متأخري الطائفة ، مع رجوع الشيخ في الخلاف والمبسوط عما في النهاية مؤيداً لذلك كله بثبوته فيما هو مثله في المعنى ، من الكذب والخطأ بمقدار الثمن من غير خلاف يعرف فيه بينهم الامن المحكي عن الاسكافي ، فله الاخذ بحط الزيادة وربحها والمبسوط حيث يظهر غلطه وعن الخلاف أنه قواه مع أنه لادلالة في كلام الاسكافي على سقوط الخيار ، ولعله يثبت له مع ذلك .

﴿و﴾ لكن ﴿المروي﴾ هنا ﴿أنه﴾ يصح البيع و ﴿يكون للمشتري من الأجل مثل ما كان للبائع﴾ ففي صحيح هشام (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام « في الرجل يشتري المتاع إلى أجل فقال: ليس له ان يبيعه مرابحة إلا إلى أجل الذي اشتراه فان باعه مرابحة ولم يخبره كان للذي اشتراه من الأجل: مثل ذلك » وخبر أبي محمد الوايشي (٣) الذي لا تقدر جهالته بعد ان كان الراوي عنه ابن محبوب في وجهه في معقد الإجماع على تصحيح ما يصح عنه قال : « سمعت رجلاً يسأل أبا عبد الله عليه السلام ، عن رجل اشترى من رجل متاعاً بتأخير إلى سنة ، ثم باعه من رجل آخر مرابحة ، أله أن يأخذ منه ثمنه حالا و الربح ؟ قال : ليس عليه إلا مثل الذي اشترى ، إن كان نقد شيئاً فله مثل ما نقد ، وإن لم يكن نقد شيئاً فالمال عليه إلى الأجل الذي اشتراه »

وخبر ميسرياع الزطي (٤) الذي هو كالصحيح في الوجه المزبور ، لأن في السند صفوان قال لأبي عبد الله عليه السلام . « إنا نشترى المتاع بنظرة ، فيجيء الرجل ، فيقول :

(١) الوسائل الباب ١٧ من ابواب الخيار الحديث ٣-٢

(٢) (٣٠٢) الوسائل الباب ٢٥ من ابواب احكام العقود الحديث ٢-٣

(٣) (٢) الوسائل الباب ٢٥ من ابواب احكام العقود الحديث ١

بكم يقوم عليكم ؛ فأقول : بكذا وكذا فأبيعه بربح ؟ فقال : إذا بعته مرابحة كان له من النظرة مثل مالك قال : فاسترجعت وقلت : هلكنا «الحديث والمراد منه بقرينة الخبرين السابقين ، أنه إذا باعه مرابحة ولم يذكر الاجل ، لأن المراد بيان وجوب الاخبار خاصة فهو واضح الدلالة كالسابقين .

وأما السند فقد عرفت حاله في جميعها فالعمل بها متبجّه خصوصاً بعد ان لم تكن مہجورة ، بل عمل بها الاسكافي و الشيخ في النهاية والقاضي و ابن حمزة ، و المحدث البحراني على ما حكى عن بعضهم ، ومال إليه الاردبيلي ، أوقال به في المحكي عنه ، ولم يعلم حال من لم يتعرض لذلك منهم ، كالصدوق و المفيد ، وأبي يعلى ، وعلم الهدى والراوندى على ما قيل ، وعن صاحب الرموز التوقف ، كالشهيد في غاية المراد ، وظاهر الدروس و المحقق الثاني في تعليق الارشاد ، بل قيل أن التوقف ظاهر شرح الارشاد لفخر الاسلام . والتنقيح والمقتصر ، والتوقف من جهتها ، كالعمل بها في الخروج عن الشذوذ والهجر ، بل عمل بها في المختلف في الجملة قال بعد ان ذكرها دليلاً للشيخ . «والجواب انها محمولة على ما اذا باعه بمثل ما اشتراه وأخفى عنه النسبة ولم يشترط النقد ، فانه والحال هذه ، يكون له من الاجل مثل ما كان للبائع على إشكال » .

وإن كان قدينا قش فيه بأنه - مع كونه إحداث قول في المسألة - لا فرق في ظاهرها بين التصريح بالنقد وعدمه ، بعد أن كان الاطلاق منصرفاً إليه ، خصوصاً بعد ما عرفت من تصريحهم بأنه مؤكد ، على أن الظاهر إتحاد محل النزاع في كلام الاصحاب مع مضمون النصوص ، والظاهر أن مراد المختلف بقوله باعه بمثل ما اشتريه ، التصريح بتعيين الثمن ، وأنه هو الذي اشتراه به و اخفى النسبة ، لا أنه عقد البيع كذلك ، ضرورة بطلانه حينئذ ، فضلاً أن يكون له من الاجل مثله .

لكن في حاشية الارشاد للكركي «ظاهر الاخبار يقتضي ثبوت مثل الاجل ؛

ج ٢٣ في وجوب ذكر الاجل على من ابتاع شيئاً بثمن مؤجل واراد بيعه مراً بـ ١٢٥.

لكن ليس فيها تصريح بكون البايع عين الثمن وأعمل الاجل ، أو باع بمثل ما اشتراه ولم يعين شيئاً ، والمصنف في المختلف حمل الروايات على المعنى الثاني وأشكله ، وأكثر الاصحاب على أنه يلزم المشتري الثمن حالا « ثم قال : « وأقول : اذا عين البايع الثمن وأعمل ذكر الاجل وجري العقد على ذلك ينبغي الجزم بالصحة من غير اجل إذ ليس في الاخبار ولا غيرها ما ينافي ذلك ، غاية ما في الباب ثبوت الخيار للمشتري للتدليس ، فإن للأجل قسطاً من الثمن ، وإذا باع بمثل ما اشتراه ولم يعين شيئاً وكان مؤجلاً إستحق مثل الاجل إن صححنا البيع ، وهذه مدلول الروايات ، لكن نحن في صحته من المتوقفين ؛ لما فيه من الغرر « وهو كما ترى ، بل الخبر الثالث كالصريح في خلافه . وكيف كان فالعمل بالنصوص متوجد ، سيما مع عدم شدة مخالفتها للقواعد ، إذ ليس إلا اقتضاء إطلاق العقد الحلول و قد يمنع في مثل المقام ، المبنى على البيع مراً بـ ، بل لو صرح فيه بذلك ، بزعم أن رأس المال كذلك أمكن عدم الالتفات اليه . نعم يمكن القول بثبوت الخيار مع ذلك ، إن لم ينعقد الإجماع على خلافه إذ ربما يكون مقصوده الشراء حالا ، لعدم المنافاة بينها وبين ما دل عليه ، والظاهر إرادة ثبوت مقدار أجل البايع للمشتري من النصوص المزبورة . لا ما بقي من أجل البايع ، إذ قد يبيعه بعد حلول أجله عليه ، كما أن الظاهر مساوات هذا الاجل للاجل المذكور في العقد في جميع الاحكام المذكورة ، من الحلول بالموت ، وعدم وجوب القبض على البايع ، لو دفعه إليه المشتري قبل الحلول و نحو ذلك ، ولا يسقط هذا الخيار بناء عليه . بهذا البايع الأجل ، ولا يتلف المبيع من المشتري ، ولا يتصرف فيه قبل العلم به ، بل يفسخ ويرد القيمة أو المثل نحو ما سمعته في خيار الغبن ، وفي القواعد النظر في السقوط بالآخرين وقد مر في الغبن وفي بحث تلف المبيع مدة الخيار ما يعلم منه الحال هنا ، فلا نعيده فلاحظ وتأمل .

ولو باعه وضیعة أو تولیة ولم يخبره ففي تعدية المبحث المزبور قوة كالقوة

فيما لو باعه مؤجلاً دون الاجل الذي اشترى به ، ولو باعه مؤجلاً مرابحة بمقداره لكن لاعلى أن رأس المال كذلك ، ففي تسلط المشتري على الخيار وجهه ايضاً والله اعلم .

﴿النظر الثاني﴾

من الستة ﴿فيما يدخل في المبيع و﴾ المعروف بينهم أن ﴿الضابط لأقتصار على ما يتناول اللفظ . لغة أو عرفاً﴾ لكن قال ثاني الشهيدين منهم : «المراد بالعرف ما يشمل الخاص الذي منه الشرعي ، بل هو مقدم عليهما إذا لم تتفق ، ثم العرفي ، ثم اللغوي» و تبعه في الحقائق ، فقال «إن الاظهر أن يقال إن الواجب هو حمل اللفظ على الحقيقة الشرعية إن وجدت ، وإلا فعلى عرفهم عليهم السلام ، لأنه يقدم على عرف الناس ، وإلا فعلى ما هو المتعارف في ألسن المخاطبين ، والمتبادر في محاوراتهم ، وإن اختلفت في ذلك الاصقاع والبلدان ، ثم مع تعذر ذلك فاللغة ، وربما قدم بعضهم اللغة على العرف » .

وهو من غرائب الكلام ، إذ فيه ما لا يخفى إذا أراد تقديم الشرعي على العرف الخاص للمتعاقدين ، ضرورة تبعية عقد هما لقصد هما ، بل لو قصدوا غيره مع الجهل به بطل ولو الشرعي ، نعم لو علماه وقصداه صح وإن كان غير عرفهما ، من غير فرق بين الشرعي والعرفي ، بل وفيه أيضاً فيما إذا لم يكن لهما عرف خاص ، بل كان للعرف العام الشامل لهما معنى مقايير للشرعي - أن الظاهر إرادة ذلك من لفظهما ، لا الحقيقة الشرعية التي يحمل عليها لفظ الشارع و من تبعه في الاستعمال ، و بعض

النصوص الواردة في بعض الالفاظ في النذروالوقف والوصية ، مع أنها واردة في موارد خاصة ، بل قيل إنها في الالفاظ التي لم يعلم لها معان معينة في العرف واللغة ، وإنما هي مجملة ، أو مبهمة غير متفق عليها بين الطائفة في موردتها ، فضلا عن غيره ، والبحث في تقديم العرفية على اللغوية ، أو العكس إنما هو في الاستعمال الذي لم يعلم حصوله قبل هجر اللغة أو بعده ، لا في مثل المقام الذي فرض ذلك فيه نادر . وظنى أن الاشتباه نشأ من ذكر هذا الترتيب في الالفاظ الواردة في خطاب الشارع فزعموا أن المقام مثله والفرق بينهما في غاية الوضوح .

نعم قد يقال : بتقديم الحكم الشرعي على ما هو مقتضى العرف كما تسمعه في دخول ثمرة النخل قبل التأخير في ملك المشتري وإن لم يكن هو على مقتضى العرف ، بلو إن كان العرف على خلافه ، وهو - مع أن فيه من الإشكال ما تسمعه - غير محل البحث لكن قد يريده الشهيد أو نحوه مما لا يكون به مخالفا .

ثم ينبغي أن يعلم أن ما يدخل في المبيع قد يكون من جهة تناول اللفظ ، وقد يكون من جهة غيره ، و كلام معظم الأصحاب هنا في بيان الأول ، وإن شمل بعض كلماتهم ولو من حيث تعلق البيع بالتوابع في المبيع التي يقطع بعدم تناول لفظ المبيع لها ، كطريق الدار ، وثياب العبد ، إلا أن الأمر سهل . بعد أن كان المرجع في حكم التبعية الشرع ، أو العرف إذا فرض عدم ذكر ما يدل عليها في العقد الناقل ، وقد لا تكون حاضرة في ذهن المتعاقدين ، و دعوى أن الدلالة إلتزامية ، يدفعها منع اللزوم بينها ، و بين متعلق البيع مع أن المحكي عن قطب الدين الرازي ، أن المراد بتناول اللفظ بالدلالة المطابقة و التضمنية لا الإلتزامية ، فلا يدخل الحائط لوباع السقف واستحسنه في المسالك .

لكن في الحقائق بعد أن حكى ما سمعت عن القطب ، حكى عن الازديلي أن المراد بالمعاني ما يفهم منها بحسب التخاطب إرادة الالفاظ ذلك مطابقا ، أو ضمنيا ، أو

التزاما ، ثم قال : « وهو الأظهر بالنظر إلى ما قد منا نقله عنهم من الحوالة على العرف ، قلت : الدلالة الالتزامية المصطلحة هي الانتقال من اللفظ الدال على الملزوم إلى اللازم ، بواسطة اللزوم بينهما عقلا أو عرفا ، أراده اللفظ أولم يرد ، فتعليق صيغة البيع باللفظ الدال على الأول ، لا يقتضى إرادة نقل الثاني قطعا ، وإن دل عليه أى صار سببا لحظوره فى ذهن السامع عند ذكر الدال على الملزوم ، وبينهما بون بعيد ، وفرضه لازما للإرادة بمعنى أن قصد نقل أحدهما ينزّمه قصد نقل الآخر فى الدلالة الالتزامية المصطلحة يمكن منع تصوره ، فلم يبق فى مثل التوابع المزبورة الا التبعية شرعا أو عرفا ، لنقل ذلك المبيع ، لأنه قصد بالعقد نقلها ، وأنه هو الذى أثر انتقالها كالمتبوع ، و حيث كان الناقل فى القرض لفظ صيغة البيع ، أمكن اندراجه حينئذ فى الضابط المزبور بهذا الاعتبار ، بناء على إرادة ما يشمل ذلك من اللفظ فيه ، وإلا فهى تابعة للنقل ، ولو كان بالفعل بناء على حصوله بالمعاطاة ، فتأمل جيدا فإنه دقيق .

ثم إن الظاهر كون محل البحث فى اللفظ الذى صار موردا للعقد حال غفلة المتعاقدين عما شك فى دخوله فيه ، وعما اختلف فيه ، إذ مع تنبيههما لذلك ولم يتعرضا للدخول والخروج ، ولا كان العرف عندهما منقحا ، يقوى بطلان البيع للجهالة ، إذ إناطة البيع بمعنى اللفظ ؛ مع فرض عدم معرفته لأرب فى كونه منها ، بخلاف ما إذا كانا غافلين و اكتفيا فى علم المبيع بمعظم أجزائه ، ولم يتنبها لاستحضار تمامها ، فإن الصحة فيه واضحة ويتجه حينئذ نزعهما فى دخول بعض الأشياء وخروجها ، والمرافعة للمحاكم ، فيحكم بينهما بحسب ما يراه من الدخول والخروج ولو من جهة الشك ، وقد يقال : بالصحة فى الأول أيضاً ، بناء على عدم قدح مثل هذه الجهالة فى أمثال ذلك فى الصحة بعد ان كان معظم المراد من اللفظ معلوما . فتأمل جيدا .

كما أنه يمكن القول بالبطلان فيهما ، هذا كله مع الجهل فى أجزاء مسمى مورد العقد ، أما الجهل بالتوابع فغير قادح ، إذ قد عرفت أن مرجعها إلى الشرع ، لا إلى

ألفاظ المتعاملين ، والمسألة غير منقحة في كلام الأصحاب ، و ظن المجتهد الذي يترافعان إليه في الدخول والخروج كاف ، لأنه من ظن الموضوع ، بل لا يبعد الاكتفاء به في ظن التبعة .

وكيف كان فقد تعارف بين الأصحاب البحث في ألفاظ مخصوصة لكثرة دورائها ، فمنها لفظ البستان والباغ ﴿ فمن باع بستانا دخل ﴾ فيه ﴿ الشجر ﴾ والنخل والأرض بالإخلاف ولا إشكال ، من غير فرق بين ما قصد منه الثمر من الشجر وغيره ، بل الظاهر دخول الميت من النخل فيها ، إذا لم تكن مقطوعة ، فضلا عن المشرف ، وكذا الشجر على إشكال فيه ، والسعف اليابس في النخلة ، والأغصان اليابسة في الشجرة ، لكن في القواعد لا يدخل الغصن اليابس ، ولا السعف اليابس على إشكال ، وفي ورق التوت نظر إلا أن ضعفه واضح ، والقطع عادة لا يخرج عن الجزئية .

﴿ و ﴾ أما ﴿ الأبنية ﴾ فلا ريب في دخول سورها ﴿ فيه ﴾ كما نص عليه في جامع المقاصد ومحكي التذكرة ، وكذا غيره مما يعد من توابعها ومرافقها ، ويدخل في نحو إطلاق باع فلان بستانه . ولكن في القواعد ألا إشكال فيه وفي المسالك وجهان ، من ذلك ، ومن عدم دخوله في مسماه لغة ، ولذا يسمى بستانا وإن لم يكن فيه بناء ، بخلاف ما إذا لم يكن فيه شجر ، فتنتفى دلالة المطابقة و التضمن ، وأما انتفاء دلالة الالتزام فلعدم كونه لازما بحيث يلزم من تصوره تصوره ، وفيه أنه يمكن كونه جزء من الفرد المبيع ، لا من مفهوم البستان المصادق مع عدمه ، كصدقه مع قطع بعض الأشجار منه ، ولعل الأقوى : الرجوع فيه إلى العادة المختلفة باختلاف الأمكنة ، و أوضاع البناء وغيرهما ، وإليه أومي في الدروس بقوله يدخل فيه الجدار والبناء الذي جرت العادة بكونه فيه دون غيره ، لكن في التذكرة « عندنا لا يدخل » ولا ريب في تسمية المجاز ، لأنه من ضرورات الانتفاع بها ، بل والشرب أيضا لذلك ، كما جزم به في الدروس و جامع المقاصد ، لكن في القواعد و التذكرة ألا إشكال فيهما ،

ولا وجه معتد به للأول ، بل والثاني مع الإحصار ، لامتناع الإتيان المطلوب من البستان بدونه كما هو واضح .

واحتمال كون الإشكال من حيث المفهوم - وإن كان داخلا بوجه آخر - فيه ما لا يخفى ، كاحتمال كونه مع التمكن من مجاز وشرب أعزلها ، وكذا يتبعها العريش الذى يوضع عليه الغضبان إذا كان ثابتا دائما أو غالبا ، دون المنقول دائما أو غالبا ، مع أن فى الدروس وجهها فى الدخول ، وأطلق فى القواعد الدخول على إشكال ، كما طلاقه فى التذكرة أن الأقرب عدم الدخول ، وليس لفظ الكرم كالبستان قطعا ، خلافا للمحكي فى التذكرة عن الشافعية قال : وليس جيدا ، فإن العادة والعرف والإستعمال يقتضى عدم دخول الحائط فى مسمى الكرم ، ودخوله فى البستان ، وفى المسالك أن المرجع فى دخول الأرض والعريش والطريق والشرب والبناء ، لو باعه بلفظ الكرم العرف ، فإن أفاد دخولها فى مسماه دخل ، وإلا فلا ، ولو أفاد دخول بعضها خاصة أختص به وكذا القول فى باقى الأشجار الثابتة معه ، ومع الشك فى تناول العرف لها لا تدخل . و أوضح من ذلك ما فى الدروس «ولو باعه بلفظ الكرم تناول العنب لا غير إلا مع القرينة» . ومنها الدار التى أشار إليها المصنف بقوله ﴿وكذا من باع دارا دخل فيها الأرض

والأبنية الأعلى والأسفل﴾ بلا خلاف ولا إشكال ﴿إلا أن يكون الأعلى مستقلا بما تشهد العادة بخروجه مثل أن يكون مساكن منفردة﴾ لها طريق مخصوص ونحوه ، كما فى بعض البلدان ، والظاهر إشتراك السقف حينئذ بينهما ، وعليه يحمل إطلاق المكاتب الصجيعة (١) «فى رجل اشترى من رجل بيتا فى دار له بجميع حقوقه ؛ و فوقه بيت آخر ، هل يدخل البيت الأعلى فى حقوق البيت الأسفل أم لا ؟ فوقع عليه ليس له إلا ما اشتراه باسمه وموضعه إنشاء الله» مع أنها فى البيت لافى الدار .

وكذا لا خلاف ﴿و﴾ لا إشكال فى أنه ﴿تدخل الأبواب﴾ المنصوبة ، والحلق ، والمغالق ، والسلاسل ، والعتبات ﴿والأغلاق المنصوبة﴾ عليها ﴿فى بيع الدار وإن

(١) الوسائل الباب ٣١ من أبواب أحكام العقود الحديث ١

لم يسمها ﴿ بل الظاهر دخولها فيها لافى بيعها خاصة ، كما هو ظاهر العبارة ﴾ وكذا
الأخشاب المستدخلة في البناء ﴿ بل ﴾ والأوتاد المثبتة فيه ، والسلم المثبت في الأبنية
على حذو الدرج ﴿ بل والحمام المعدة لها والحوض والخوابي المثبتة في الأرض والحيطان
بحيث تصير من أجزائها ونوابعها ، خلافاً للفاضل في التذكرة كما حكاه في المسالك ،
فنفى دخول السلالم المسمرة ، والرُفوف الموضوعة على الأوتاد من غير سمر ، والأوتاد
المثبتة ، لخروجها عن اسم الدار ، وفي أكثر كتبه كما حكاه في المسالك أيضاً الخوابي
مطلقاً ، وقد يحمل على ما لا تعتمّن أجزائها .

قال في التذكرة : « ما أثبت في الدار لعل على وجه الدوام والبقاء فيها كالرفوف والدنان و
الاجانات المثبتة والسلالم المسمرة والأوتاد المثبتة في الأرض والجدران والتحتاني من
حجري الرحا ، وخشب القصار ومعجن الخباز ، الأقرب عدم دخوله ، لأنها ليست من أجزاء
الدار ، وإنما أثبتت لسهولة الارتفاق بها كيلا يتزعزع ويتحرك عند الاستعمال » وقال
في الدروس : « لا يدخل فيها ما بهما من آلة ولو كانت مدفونة » ثم بعد أن حكى عن الشيخ
دخولها ، لأنها كالخزائن قال : « نعم لو كانت الخاوية مثبتة في الجدران ، قرب دخولها »
وفي المسالك « لو كان السلم غير مثبت لم يدخل قطعاً » قلت : قد يناقش فيه على
إطلاقه .

وكيف كان فلا يدخل فيها الكنوز المدخورة ، والأحجار المدفونة ، وماليس
بمتصل كالفرش ، والستور ، والجبل ، والدلو ، والبكرة ، والفقل ، ونحو ذلك ، ويقوى
دخول ألواح الدكاكين ، كما في المسالك ، واستشكل فيه في القواعد ، وفي التذكرة
« أن الأقرب الدخول ، لأنها أبواب لها ؛ فأشبه الباب المثبت ، ويحتمل عدم الدخول ،
لأنها تنقل وتحول فكانت كالفرش » قلت : لا ريب في دخول الألواح التي هي أبواب
لها وإن لم تكن ثابتة لسهولة الارتفاق بسعة الباب ، أمّا الألواح المسماة بالخوان ،
في عرفنا ، فالظاهر عدم الدخول ، لأنها من الآلات فتأمل جيداً .

﴿وفي دخول المفاتيح﴾ للأغلاق المنصوبة ﴿ترد، ودخولها أشبه﴾ لا تها من التوابع للأغلاق التي عرفت دخولها ﴿ولا تدخل الرحي المنصوبة﴾ قطعاً ﴿الإمع الشرط﴾ خلافاً للمحكي عن المبسوط ، وضعفه واضح ، وإثباتها السهولة الانتفاع بها ، لا لدخالها في الدار ، ويدخل في بيع الدار المجاز ، ولو قال بحقوقها وتعدد دخول الجميع ، ولو لم يقل ، ففي القواعد إشكال ، قال : «فإن قلنا بدخول الجميع فلا بحث ، وإلا وجب التعيين» وكذا يدخل فيه البئر ، بل والماء الذي فيه ، كما نص عليه في التذكرة ولا تندح جهالته بعد أن كان من التوابع ، خلافاً للمحكي عن المبسوط ، فلم يدخله لأن له مادة مجهولة تمنع من صحة بيعه ، فتمنع من دخوله ، وتبعه القاضي كما في الدروس والله أعلم .

﴿ولو كان في الدار نخل أو شجر لم يدخل﴾ في الدار ولا ﴿في المبيع﴾ بخلاف كما عن التنقيح الاعتراف به في بيع الأرض التي هي كالدار في ذلك ؛ وفي التذكرة «لو كان وسطها أشجار لم تدخل عندها» ﴿فإن قال بحقوقها قيل﴾ والقائل الشيخ كما في المسالك ﴿يدخل﴾ بل فيها أنه يفهم منه الدخول وإن لم يقل بحقوقها ، محتجاً بأنه من حقوقها ، وفي الدروس عن المبسوط دخول الشجر والنخل في بيع الدار ، وضعفه المصنف فقال : ﴿ولأرى هذا شيئاً ، بل لو قال وما دار عليه حائطها أو ما شاكله ، لزم دخوله﴾ ، والذي حكاه الفاضل وغيره عن الشيخ ، الدخول في بيع الأرض إذا قال ذلك ، لا الدار ، بل قيل إنه وافقه عليه القاضي وابن حمزة وابن زهرة أللهم إلا أن لا يفرق بينهما .

وعلى كل حال فلا ريب في ضعف الدخول ، سيما مع كونه على خلاف الأصل ، و دعوى كونه من الحقوق ممنوعة في الغالب ؛ بل لو فرض ذلك في بعض الأشجار والزرع المقصود منها نزهة الدار وحسنها كان خارجاً عن محل النزاع ، ويكون من قبيل الدخول بالقرائن ، بل لا يحتاج فيه إلى التصريح بالحقوق .

ومكاتبه الصفار (١) في الصحيح إلى أبي محمد عليه السلام «في رجل اشترى من رجل

أرضاً بحدودها الأربعة وفيها زرع ونخل وغيرهما من الشجر، ولم يذكر النخل ولا الزرع ولا الشجر في كتابه، وذكر فيه أنه قد اشترها بجميع حقوقها الداخلة فيها؛ و الخارجية منها، أي دخل النخل والأشجار في حقوق الأرض أم لا؟ فوقع فيها، إذا ابتاع الأرض بحدودها وما أغلق عليه بابها، فلذلك جميع ما فيها إنشاء الله «أوضح دلالة على عدم منها على الدخول، من حيث تعليق الدخول فيها على ذكر ما أغلق عليه بابها، الدال بالمفهوم على عدم، مع عدم ذكره، والمنطوق لا خلاف فيه نقلاً وتحصيلاً لدلالة العرف.

﴿وإذا استثنى نخلة﴾ مثلاً ﴿فله الممر إليها والمخرج منها ومدى جرائدها﴾ وعروقها ﴿من الأرض﴾ وليس المشتري يمنع شيء من ذلك، لأنه من حقوقها التابعة لها، كما أنه للبائع ذلك لو انعكس الأمر.

نعم لا يدخل نفس الأرض في بيع النخل أو الشجر، للأصل، لكن يستحق من منفعتها ما يتوقف الإنتفاع بالشجرة وثمرتها من الحرث والسقي وجمع الثمرة ونحو ذلك من حقوقها. قال الصادق عليه السلام في خبر السكوني (١): «قضى رسول الله ﷺ في رجل باع نخلاً واستثنى نخلة، بالمدخل إليها والمخرج منها ومدى جرائدها» كخبر عقبة بن خالد (٢) «عن النبي ﷺ قضى في رائر النخل أن تكون النخلة والنخلتان للرجل في حائط آخر، فيختلفون في حقوق ذلك، فقضى أن لكل نخلة من أولئك من الأرض مبلغ جريرة من جرائدها حين يعدها».

ولعل الأصل في الخبر حريم النخل، ثم اعتراه التصحيف، وعلى كل حال فالمراد واضح؛ وليس أنه يملك مقدار ذلك من الأرض، بل المراد كون ذلك من الحقوق؛ فليس للمالك حينئذ أن يشن الجرائد، أو يقطع العروق، بل ليس له العمل في الأرض بما يضر بالعروق، أو النخلة، أما إذا لم يضر فالظاهر جوازه، وفي

(١) الوسائل الباب ٣٠ من أبواب أحكام العقود الحديث ٢

(٢) الوسائل الباب ١ من أبواب أحكام أحياء الموات الحديث ١

المسالك « أن في الجواز إحتمالاً وجيهاً ، لانه مالك الارض ، وإنما استحق مالك الشجرة ما يحتاج إليه بطريق الاستتباع لتوقف الانتفاع عليه ، لا الملك ، فيقتصر فيه على موضع اليقين » ثم قال : « وكذا لا يجوز لمالك الشجرة الانتفاع بما يخرج عن متعلقاتها ، من الزرع تحتها ، والاقامة عندها زيادة على المعتاد في أمثالها ، مع احتمالها أيضاً » قلت : لوجه للاحتتمال المزبور إذالم يتوقف عليه مصلحة النخلة.

وكيف كان فلا ينبغي التامل فيما ذكرناه من الاحكام المزبورة ، لكن قال محمد بن الحسن الصفار (١) « كتبت اليه في رجل باع بستانا له فيه شجر وكرم ، واستثنى منها شجرة ، هل يمر إلى البستان إلى موضع شجرته التي استثنىها ، وكم لهذه الشجرة التي استثنىها من الارض التي حولها ، بقدر أغصانها ، أو بقدر موضعها التي هي ثابتة فيه فوق » ، له من ذلك على حسب ما باع ، فلا يعتمد الحق في ذلك ، إنشاء الله » ولعل مراده في الملكية ، لا الاستحقاق بالمعنى الذي ذكرناه والله أعلم .

﴿ و ﴾ قد ظهر لك مما ذكرنا و لا أند ﴿ لوباع أرضا وفيها نخل أو شجر ، كان الحكم كذلك ﴾ الذي سمعته أي لا يدخل ما لم يأت بالعبارة السابقة ونحوها مما تدل على الشمول ﴿ وكذا لو كان فيها زرع ﴾ لم يدخل أيضاً في بيع الارض ، ولو كان بذرا لم اعرفت ﴿ سواء كانت لأصول تستخلف أو لم يكن ، لكن يجب توقيته في الارض حتى يحصد ﴾ لانه أوانه الذي ينتظر ، والمراد باستخلاف الاصول ، أنه يجز مرة بعد أخرى ، ويجب توقيته حينئذ إلى أن تنتهي جزاته ، ويستقلع ، والجميع للبايع ، للاصل ، لكن في الدروس عن الشيخ والفاضي أنه ان كان مجزورا فهو للمشتري ، وإلا فالجزء الاول للبايع ، والباقي للمشتري ولا ريب في ضعفه .

نعم لو شرطه المشتري ، أودلت القرينة ، دخل كغيره من الزروع سنبلًا ، وقطنا مفتحا وغيره كان أو غيرهما ، خلافا للمحكي عن المبسوط فلا يصح في السنبل والقطن ، للجهالة له ؛ مع أنه جوذ بيع السنبل والبذر مع الأرض ، وعن المختلف إن كان البذر تابعا دخل بالشرط ، وإن كان أصلاً ، بطل ، قلت : الصحة مطلقا لا تنخلو من قوة ، بل في الدروس أنه الوجه ، ومنها النخل والشجر ، و يدخل فيه ولو بالتبعية ، الكبيرة ، والصغيرة ، والعروق ، والمجاز ، والشرب ، على حسب ما عرفت سابقا في بيع البستان ، و لا تدخل الأرض كما سمعته حينئذ أيضاً ؛ بل ولا الأفراخ المتجددة ، وإن كانت هي ملكا للمشتري ؛ باعتبار كونها نماء ملكه ، و تظهر الثمرة في عدم وجوب إبقاؤها على البائع كالأصول ، بل له الإزالة ، لان البيع إنما اقتضى إبقاء الشجرة وما يعد من أجزائها ، وليس الفروخ شيئا منهما .

نعم قد يقال إن الإزالة عند صلاحية الاخذ ، وإمكان الانتفاع كما في الزرع و الثمرة إذا اشتراها ، بل في جامع المقاصد « أنه لا يستحق أجرة على ذلك ، لان البقاء إلى أو ان الانتفاع من مقتضيات العقد ، وربما أشكل أصل الحكم ، بأنه إن شملها اسم الشجر وجب الإبقاء دائما ، كالشجرة وإن لم يشمل لم يجب إبقاؤه وقتئها ، كما لو ثبت حب الغير في أرض آخر ، و أوجب بأن اسم الشجرة لا يتناولها فلا يجب إبقاؤه دائما ، لكن لا يجوز إزالته حالا ، لانه من نماء الشجرة فهو كثمرتها التي لم تدخل في مسماها ، لكن يجب إبقاؤها إلى أو ان البلوغ عرفا ، ثم تسوغ الإزالة » قلت : قديحتمل وجوب بذل الأجرة جمعا بين الحقيقين و لو شرط البقاء فلا بحث في الوجوب .

هذا وفي الدروس « قيل : ولا تدخل الأفراخ إلا بالشرط ، وهو مشعر بتردده ، ولعله نظر إلى الجزئية باعتبار حصولها من أصول الشجر ، وفيه أنه وإن نمت من أصوله ، إلا أن العرف اقتضى خروجها عن الجزئية ؛ وعدها شجرا آخر ، لكن في جامع

المقاصد «هذا ، إذالم يكن ثابتة في نفس المغرس ، أما إذا ثبتت فيدفاشكال .
وكيف كان فلاريب في استحقاقه البقاء في الاصول ، ولوانقلعت سقط حقه ،
وليس له غرس غيرها فيه ، كما أنه ليس له الا بقاء في المغرس مثبتة ، لانها حطب
حينئذ لاشجرة ، بل الظاهر عدم وجوب بقاء أصلها ، لرجاء أن ينبت ، لان استبقاء
الاصول إنما كان بالتبعية لها وقد زالت ، وربما احتمل الوجوب ، لوجوب إبقاء
المجموع ، فلا يسقط بزوال بعضه ، ولاريب في ضعفه ، بل الظاهر كون الحكم كذلك
وإن اشترط بقاء الافراخ إذا لم يصح فرخ حال الموت نعم لو كان موجودا . و بقاء
الاصل له مدخلية في بقاءه ، إتجه حينئذ وجوب الابقاء . والله أعلم .

﴿ولو باع نخلا قد أبر ثمرها﴾ أى لقح بذر طلع الفحل من النخل في طلع
الاناث بعد تنقيقه ، ﴿فهو للبائع﴾ للاصل والاجماع المحكي إن لم يكن المحصل
﴿لان اسم النخلة لا يتناوله ، ولقول امير المؤمنين عليه السلام﴾ في خبر غياث بن ابراهيم (١)
عن الصادق عليه السلام ﴿« من باع نخلا قد أبره فثمرته للبائع الآن يشترط »﴾ المبتاع
أى ﴿المشتري﴾ ثم قال : قضى به رسول الله ﷺ « كقول الصادق عليه السلام في خبر يحيى
بن ابي العلا (٢) : «من باع نخلا قد لقح ، فالثمرة للبائع ، إلا أن يشترط المبتاع ، قضى
رسول الله ﷺ بذلك » وقال ايضاً في خبر عقبة بن خالد (٣) : «قضى رسول الله ﷺ أن ثمرة
النخل للذي أبرها ، إلا أن يشترط المبتاع » فماعن ابن حمزة من أنها للمشتري مع
عدم بدو الصلاح ، شاذ لا مستند له ، ﴿و﴾ لكن ﴿يجب على المشتري تبقيته﴾ إلى أوان
بلوغه من غير أجره ، ﴿نظراً إلى العرف وكذا لو اشترى ثمرة كان للمشتري تبقيتها على
الأصول ؛ نظراً إلى العادة﴾ بلا خلاف في شيء من ذلك ، بل يمكن تحصيل الاجماع
عليه إذ هو من مقتضيات العقد عرفاً ، فكأنه مشروط ، ويأتى في باب الخيار له تنمة
انشاء الله .

﴿و﴾ من المفهوم من النصوص المزبورة علم أنه ﴿إن باع النخل ولم يكن مؤثراً ، فهو للمشتري على ما أفتى به الأصحاب﴾ بل في المختلف والتذكرة ومحكي الخلاف الإجماع عليه ؛ بل هو مقتضى ما سمعته من عبارة المصنف ، فضلاً عن نسبتها هنا إلى الأصحاب ، الظاهر في الإجماع أيضاً ، كظاهر الصيمري والمحكي عن المقداد ، وبه يخرج عن مقتضى الأصل ، لكن قد يشكل العمل بذلك ؛ إذا فرض كون العرف على الخروج عن المشتري ، كالأشكال في الأول ، إذا فرض تعارف الدخول في ملك المشتري ، ضرورة أنه معه يكون كالمصرح به ، ودعوى شمول النصوص لذلك ، يمكن منعها خصوصاً في الأول الذي دليله المفهوم .

﴿و﴾ على كل حال ف﴿لو انتقل النخل بغير البيع ، فالثمرة للناقل سواء كانت مؤثرة أو لم تكن﴾ عند علمائنا كما في التذكرة ﴿وسواء انتقلت بعقد معاوضة كـ ﴿وقوعه ثمناً﴾ للاجارة و﴿مهرافى﴾ النكاح أو بغير عوض كالهبه وشبهها﴾ بخلاف أجده فيه أيضاً ، بل في ظاهر التذكرة أنه من معقد إجماعه ، للأصل السالم عن معارضة النصوص و الإجماعات السابقة ؛ ودعوى التنقيح ممنوعة على مدعيها ، كدعوى أن النصوص السابقة ؛ إنما كشفت عن العرف في التبعية ، خصوصاً بعد ما صرح بما ذكرنا ، غير واحد من الأصحاب ، بل عن بعضهم الإجماع عليه ، خلافاً للمحكي عن المبسوط والقاضي فعمما الحكم ، وعن السرائر أنه لا دليل لهما سوى القياس ، ولو ظنها المشتري غير مؤثرة ، فظهرت مؤثرة فعن الشيخ أن له الفسخ ، لفوات بعض المبيع في ظنه ، وعن الفاضل عدمه ، لعدم العيب وتفريطه ، وهو قوي ، لكن في الدروس «أن الوجه الأول ، لأن فوات بعض المبيع أبلغ من العيب ، ولا تفريط ، لانه بنى على الأصل ، وفيه منع الفوات ، ومنع كون البناء على الأصل عذراً يسقط على الخيار . ولو ظن البايع التأخير فظهر خلافه ، ففي الدروس «أن له الفسخ إذا تصادق على الظن» وفيه نظر يعلم مما عرفت ، وعليه فلو ادعى أحدهما على صاحبه علم الحال ، فأنكر ، احتمل كما في الدروس إichلاف المنكر ، ويقضى

بماظنه ولعله الظاهر . والله أعلم .

﴿و﴾ كيف كان في ﴿الابار﴾ الذي عليه المدار ﴿يحصل ولو تشققت من نفسها فأثرتها للواقع﴾ لا إطلاق الخبرين الأولين ، و معقد الإجماعات ، ولا بنافيه خبر عقبة (١) بل في المسالك «أن العادة الاكتفاء بتأثير البعض ، والباقي يتشقق بنفسه ، و ينشب ريح الذكور إليه ، وقد لا يؤثر شيء ، و يتشقق الكل بتأثير الرياح ، خصوصاً إذا كانت الذكور في ناحية الصبا ، فهب الصبا وقت التأثير» ونحوه في التذكرة ﴿وهو معتبر في الاناث ، ولا يعتبر في فحول النخل﴾ لما عرفت من أن مسماه ذلك ، فثمرتها على كل حال للبائع ، للأصل السالم عن معارضة المفهوم ، الظاهر في الذي عادة صنفه التأثير . ﴿و﴾ كذا ﴿لا﴾ يعتبر هو أو شبهه ﴿في غير النخل من أنواع الشجر ، إقتصاراً على موضع الوفاق ، فلو باع شجرة فالثمرة للبائع على كل حال﴾ إلا أن يكون عرف يقتضي الخروج ، للأصل السالم عن المعارض بعد حرمة القياس ، ولعل ما في النهاية غير مناف لذلك قال : «إذا باع نخلاً قد أثر ولقح ، فثمرته للبائع ، إلا أن يشترط المبتاع الثمرة ، فإن شرط كان على ما شرط ، وكذلك الحكم فيما عدا النخل من شجر الفواكه» ونحوه قال المفيد وعن ابن إدريس أنه ما قصد الشيخ من ذلك إلا أن الثمرة للبائع ، لأنه ما ذكر إلا ما يختص بالبائع ، ولا اعتبار عند أصحابنا بالتأثير إلا في النخل ، فأما ما عداه متى باع الأصول وفيها ثمرة فهي للبائع ، إلا أن يشترطها المشتري ، سواء لقحت أو لم تلحق ، وهو كما ذكر ، وإلا كان ضعيفاً لا شاهد عليه .

ثم إن المدار على التأثير فعلاً ، كما هو ظاهر النصوص والفتاوى ، لا وقته كما عن الشافعي ، فلو باع النخل بعد صلاح الثمرة ، لكنها لم تكن مؤبرة ؛ كانت للمشتري للصدق ، إلا أن يكون هناك عرف يقتضي الخروج ، فإن فيه الإشكال المزبور حينئذ . ﴿و﴾ على كل حال في ﴿في جميع ذلك له بقية الثمرة حتى تبلغ أو أن أخذها﴾ و

هو مختلف كما تسمعه في الفروع ❖ وليس للمشتري إزالتها إذا كانت قد ظهرت ، سواء كانت ثمرتها في كمام كالقطن والجوز ، أولم تكن ، إلا أن يشترطها المشتري ❖ على البائع « فإن المؤمنين عند شروطهم » ❖ وكذا لو كان المقصود من الشجر ورده ، فهو للبائع تفتح أولم يتفتح ❖ بالإشكال ولا خلاف أجده في شيء من ذلك ، إلا من المحكى عن المبوط وبعض أتباعه ، فقال : « إذا باع القطن وخرج جوزة ، فإن كان تشقق فالقطن للبائع ، إلا أن يشترطه المشتري ، وإن لم يكن تشقق فهو للمشتري » ثم قال : « وماعدا النخل والقطن فعلى أقسام أحدها - ما يكون ثمرته بارزة ، لأفى كمام ولاورد كالعنب والتين وما أشبه ذلك ، فإن باع أصلها ، فإن كانت الثمرة قد خرجت فهي للبائع ، وإن لم يكن قد خرجت فهي للمشتري . الثاني - أن تخرج الثمرة في ورد ، فإن باع الأصل بعد خروج وردها ، فإن تناثر الورد وظهرت الثمرة فهي للبائع ، وإن لم يتناثر وردها ولم يظهر الثمرة ، ولا بعضها فهي للمشتري . الثالث - أن تخرج في كمام كالجوز واللوز ، مما دونه قشريه إذا ظهر ثمرته فالثمره للبائع - الرابع ما يقصد ورده كشجر الورد والياسمين ، فإذا بيع الأصل ، فإن كان ورده قد تفتح فهو للبائع ، وإن لم يكن تفتح فهو للمشتري .

ونحوه عن ابن البراج ، ولم أعرف له شاهدا أصالها لقطع الأصل في الورد والقطن ، بل ظاهر التذكرة أن المخالف في الثاني الشافعي ، قال : فيها : « القطن ضربان ، أحدهما له ساق ويبقى سنين ، ويثمر كل سنة ، وهو قطن الحجاز والشام والبصرة . والثاني - ما لا يبقى أكثر من سنة واحدة ، وكلاهما لا يدخل الجواز الظاهر في بيع الأصل ، سواء تفتح أولا ، خلافا للشافعي ، ثم حكى قوله في القسمين » والتحقيق عدم الخروج عن مقتضى الأصل إلا في النخل كما عرفت ، بل في الدروس أنه لا يدخل في ملك المشتري ورد الثمار فضلا عن الجنبذ . والله أعلم .

ومنها - القرية ، والدسكرة ، والضيعة في عرف أهل الشام ، ويدخل في مدورها

وساحاتها وطرقها ، وفي دخول الاشجار النابتة وسطها إشكال ، كما في القواعد ، وجزم في الدروس بالخروج الامع الشرط ، أو القرينة كالزراع التي حولها ، فانه لا ريب في خروجها ، بل في القواعد وان قال بحقوقها . ومنها - لفظ الكتاب ويدخل فيه أجزائه وجلده وخطوطه ، وما به من الاصول والحواشي والاوراق المثبتة فيه ، ولا يدخل فيه كيسه ولا ما به من أوراق منفردة لا تتعلق به ، الا اذا كان عرف يقتضيه ، وفي دخول ما يعلم به من الاوراق نظر كما في الدروس . ومنها - لفظ الحمام ويدخل فيه بيوته ، و موقده ، وخزانة مائه ، وحياضه ، ومسلكه ، وبثره وماؤها ، بل في الدروس أنه لو كان ينتزع من مباح دخلت الساقية فيه ، و الاقرب دخول قدره المثبت فيه ، ولا يدخل فيه سطله ، ولا أقدامه ، و وقوده وماأزره ، و على البايع تسليمه مفرغاً من الرماد و كثير الغمامة .

ومنها - لفظ العبد والامة ولا يبعد إقتضاء العرف دخول ثيابهما السائرة للمعورة في بيعهما ، كما نص عليه في الدروس ، ويأتي الكلام في غير هاتين بيع الحيوان ، ومنها - لفظ الدابة ويدخل فيه النمل ، دون المقود والرحل لإامع الشرط كما في الدروس ، و لعل العرف الان على خلافه ، خصوصاً في المقود . إلى غير ذلك من الالفاظ التي لا فائدة في التعرض لتفصيلها ، بعد أن كان الضابط ما سمعته أولاً . والله أعلم . فروع

﴿ الاول : إذا باع ﴾ النخل ﴿ المؤبر وغيره ﴾ صفقة ﴿ كان المؤبر للبايع والآخر للمشتري ﴾ بلا خلاف فيه بيننا ، إتحدت البستان أو تعددت واتحد نوع المؤبر أو اختلف ، خلافاً للشافعي ﴿ وكذا لو باع المؤبر لواحد ، وغير المؤبر لآخر ﴾ بل لو باع نخلة واحدة أثر بعضها دون الآخر ، كان لكل حكمه ، لان تعليق الحكم على الوصف مشعر بالعلية ، فيدور الحكم مدارها وجوداً وعدمها ، خلافاً للتذكرة فالجميع للبايع ، لصدق بيع نخل قد أثر ، و اقتصاراً فيما خالف الاصل - عن دخول غير المؤبر في ملك المشتري - على المتيقن ، و ليس التميز إذا أثر المشتري ما انتقل إليه ، و المشقة

فى اعتبار تأبير الجميع فى بقاء الثمرة على ملك البائع ،
والجميع كما ترى بعد ما عرفت ؛ على أن صدق التأبير ليس بأولى من صدق
عدم التأبير ، بل يمكن منع صدق الاول بظهور النصوص فى تأبير الجميع ، و
الاقتصار على المتيقن لا يعارض الدليل ولو كان ظنيا ، وعسر التميز - مع أنه لا يشخص
ملكية البائع - يمكن رفعه حينئذ بالصلح ، كما فى الدروس « إذا لم يعلم قدر ما
لكل منهما ، نحو مالوكا كانت مؤبرة للبائع ، فتجدت أخرى للمشتري قال فى القواعد :
إن لم يميزا فهما شريكان ، فان لم يعلم قدر ما لكل منهما إصطلحا ، ولا فسخ
لامكان التسليم ، وكذا لو اشترى طعاما فامتزج بطعام البائع قبل القبض فله الفسخ
ولعله أراد الانفساخ من قوله لافسخ ، اى لا يتوهم ذلك لعدم القدرة على التسليم ،
لامكانه ولو بتسليم الجميع ، فلا ينافى حينئذ ما ذكره أخيراً من أن له الفسخ بالتعيب
بالشركة قبل القبض . فتأمل جيداً .

فلا ريب حينئذ فى قوة ما ذكرناه أولاً ، وأضعف من ذلك احتمال كون الجميع للمشتري
لصدق عدم التأبير ؛ ولم أجده لاحد من أصحابنا نعم فى جامع المقاصد أنه ربما ظهر
من عبارة التذكرة - وهو مع ضعفه - يمكن منع ظهورها فيه . فلا حظ وتأمل .

الفرع الثانى * قد عرفت أن * تبقى الثمرة على الاصول * إلى بدو الصلاح
مستحقة لما لكها مجانا ، ولو مع الضرر اليسير ، للاصول بايعا كان أو مشترياً ، ولكن
بعد أن لم يكن لها مقدر شرعاً * يرجع * إليه كان المرجع * فيها إلى العادة فى تلك
الشجرة * كما فى نظائره خصوصاً فى نحو المقام الذى مبناه حديث الضرار (١) ونحوه
* فما كان * من الشجر حينئذ * يخترق * ويجتنى * بسراً * ينبغى أن * يقتصر
على بلوغه * وانتهاء حلاوته * وما كان لا يخترق فى العادة إلا رطباً فكذلك * وما
يؤخذ تمرأ فالى أن ينشف نشافاً تاماً ، وهكذا . ومع اضطراب العادة يرجع إلى
الاجلب فيها ، ومع التساوى يحتمل الحمل على الأقل ، إقتصاراً فيما خالف أصل تسلط

المشتري على ملكه - ومنع غيره من الانتفاع به - على المتيقن والاكثر لثبوت أصل الحق ، فيستصحب الى أن يثبت المزيل ، و وجوب التعيين للاختلاف المؤدى الى الجهالة ، وتسمع في باب الثمار تنمة لهذا . انشاء الله تعالى .

ولو اتفق في التبقية الضرر الكثير على مشتري الاصول ، فلا قرب - كما في القواعد وجامع المقاصد جواز القطع . فله اجباره عليه كما عن المختلف و الدروس و حواشي الشهيد و غيرها ، لوجوب التسليم مفرغا عليه ، ولنفي الضرر ، و لا يقدح رضاه بالعقد المقتضى للتبقية بعد تنزيله على الغالب من عدم الضرر الكثير ، بل في الاول النظر في دفع الارش ، للاصل بعد أن كان القطع مستحقا ، بل عن الدروس الجزم بعدمه له أولا ؛ وان كان فيه من الضعف ما لا يخفى . للمنع من جواز القطع بالارش ، ولعدم زوال الضرر بالضرر ، ولانه نقص دخل على مال غيره لنفعه . نعم قد يحتمل البقاء بالارش ، والاولى مراعات أكثرهما ضررا ، ومع التساوى والتشاح القرعة . ومن ذلك يعلم ما في التذكرة من أنه لا يجب القطع مع خوف الضرر على الاصل وان كان كثيرا على اشكال ، وما عن التحرير من عدم الترجيح ، بل عنها في موضع آخر والمبسوط وعميد الدين الجزم بعدم القطع وان كثر الضرر ، بل ربما احتتمل في عبارة المبسوط ذلك وان أدى الى تلف الاصول ، وفيه ما لا يخفى .

الفرع (الثالث يجوز) (١) (سقى) (لذي) (الثمرة) (لصلاحها لانه من حقوقها المستحقة له باستحقاق تبقيتها) (و) (سقى) (الاصول) (كذلك اصحابها) (فان امتنع أحدهما) (فمنع الآخر من السقى) (أجبر الممتنع) (لعدم تسلطه على منع تصرف الآخر لصلاحه . نعم لو تضررا معا منعا منه .) (فان كان السقى يضر أحدهما) (بالفعل و الآخر بالترك) (رجحنا مصلحة المبتاع) (- كما عن الفاضل و الشهيدين ، بل نسبة ثانيهما الى الاشر ، لأن البايع هو الذي أدخل الضرر على نفسه بتسليطه عليه .

ويحتمل البايع كما في الدروس لسبق تعلق حقه الذي لا يزيله تسليط المشتري ،

وقد يحتمل بل لعله الأقوى مراعات أكثرهما ضرراً ، ومع التساوى القرعة ، إلا أنه على كل حال ينبغي بذل الأرض للمتضرر منهما جمعاً بين الحقين ، خلافاً لظاهر المتن وغيره من التقديم مجاناً ، و أما احتمال جواز فسخ العقد - بينهما مع التشاح كما حكاه في المسالك عن بعض الأصحاب ، وغيره عن المبسوط - ففي غاية الضعف لعدم المقتضى له ، وعليه لا يسقط البحث ، لأنه يمكن فرض المسالة فيما لا خيار فيه من العقود أو غيرها وكيف كان فليسق من تقدم فيه ﴿ لكن لا يزيد عن قدر الحاجة فان اختلفا فيها رجعا إلى أهل الخبرة ﴾ كما في غير المقام .

الفرع ﴿ الرابع : ألاحجار المخلوقة في الأرض والمعادن تدخل ﴾ عرفاً ﴿ في بيع الأرض ﴾ بخلاف أجده فيهما ، مما عدا ثاني الشهيدين ﴿ لأنهما من أجزائها ﴾ لكن قال المصنف ﴿ فيه تردد ﴾ مما سمعت ، و من عدم صدق اسمها على الحجارة عرفاً ، وخروج المعادن عن الحقيقة ، و عدم دلالتها عليها بأحد الدلالات الثلاث . و في المسالك « أن الأقوى ، دخول الحجارة ، دون المعادن ، لان الحجارة من الأجزاء بخلاف المعادن الخارجة عن الحقيقة والطبيعة » و الأقوى عدم الفرق ، إذ لا ريب أن أرض المعدن قطعة من الأرض المخصوصة ، لها خصوصية فتدخل في بيعها ، و أضعف من ذلك ، احتمال الخروج في الاحجار .

نعم هو كذلك في الاحجار المدفونة فيها كما في التذكرة والقواعد والدروس وغيرها ، لتمييزها ، و كونها كالكنوز ونحوها من الأمور المودعة فيها للنقل ولكن للمشتري حينئذ أمره بالمبادرة باخراجها ، لتفريغ ملكه ، وإن لم يكن عليه ضرر في الإبقاء ، ولا أجر له مدة الإخراج و إن كان كثيراً ، واحتمله في التذكرة بعد اختيار اللزوم ، فان الظاهر ثبوت الخيار له إذ لم يكن عالماً ، وفات ما يعتد به من المنافع مدة الإخراج أو نقصت العين ، و لو بذل له الدفين لم يجب عليه القبول ، كما أن له الخيار في الاحجار المخلوقة فيها اذا كانت مانعة من الفرس والزرع ولم يكن عالماً بها وان قلنا بدخولها في ملكه و الظاهر انه

لا خيار للبائع لو ظهر فيها صفة زائدة على وصفها ، كما لو ظهرت مصنعة أو مصصرة للزيت أو العنب أو نحوه ، لدخولها في ملك المشتري على كل حال ، خلافاً للمسالك ، فخير ، ونحوه يأتي في المعدن ، بناء على دخوله وعدم علم البائع به .

وبه جزم في الدروس قال : « ويدخل المعدن على الأقرب ، فلو جهله البائع تخير ، وكذا البئر والعين وماؤهما ، ولو ظهر فيها مصنع أو صخرة عظيمة معدة لعصر الزيتون أو العنب فكذلك ، وللبائع الخيار مع عدم العلم ، والحجارة المخلوقة تدخل » قلت : قد يمنع دخول الأخيرين في ملك المشتري إذا لم يكونا مخلوقين فيها ، وخيار البائع إذا كان كذلك كما عرفت ، لأنها على الأول كالمدفونة التي اعترف بعدم دخولها وعلى الثاني داخله في بيع الأرض كيف ما كانت ، بل قد يمنع الدخول في سابقيهما ، لعدم تناول اسم الأرض لهما ، والغرض عدم كونهما من التوابع لها ، والا لم يتسلط البائع على الخيار إذا لم يكن عالماً ، كما أنه لا تسلط له مع فرض الدخول في الأرض ولو بالقصد الاجمالي . فتأمل جيداً . والله أعلم .

﴿ النظر الثالث في التسليم ﴾

لا خلاف في أن ﴿ إطلاق العقد ﴾ وتجريده عن اشتراط التأخير ﴿ يقتضي ﴾ وجوب تسليم المبيع والتمن ﴿ عر فابتعته الوجوب شرعاً ، لعموم قوله تعالى (١) «أو فوا» وغيره بل الظاهر ذلك ، وإن لم يطالب كل منهما الآخر بذلك ، فلا يجوز لأحدهما التأخير الأبرياء الآخر ، ضرورة أنه بتمام العقد ، يتم ملك كل منهما للعوض ، فابقاؤه في اليد محتاج إلى الأذن . نعم الظاهر باعتبار كون العقد عقد معاوضة ، - وجوب التقابض معاً دفعة ، كما أنه حصل لهما الملك به كذلك .

﴿فإن امتنع﴾ معاً عنه عصياً و﴿أجبر﴾ على التقاوض، كما في كل ممتنع عما وجب عليه، ﴿ولو امتنع أحدهما أجبر الممتنع﴾ خاصة، لاختصاصه بالعصيان، وكان الآخر حبس العوض حتى يجبر الآخر على التقاوض، كل ذلك لتساوي الحقين في وجوب إيصال كل منهما المال إلى مالكه، ولا رجحان لأحدهما على الآخر بالتقدم، ﴿وقيل﴾ والقائل الشيخ في محكي عن خلافه ومبسوطه، وابن زهرة والقاضي والحلي على ما حكى عنهما: ﴿يجبر البايع أولاً﴾ إذا تماعا، وهو أحد أقوال الشافعي، لأن الثمن تابع للمبيع، ولأنه بتسليمه يستقر البيع ويتم، إذ لو تلف قبل القبض كان من مال البايع وينفسخ العقد.

﴿ولا ريب أن﴾ الأول أشبه بأصول المذهب، بل لأجد فيه خلافاً بين المتأخرين ﴿سواء كان الثمن عيناً أو ديناً﴾ لاستواء العقد في إفادة الملك لهما، و تبعية الثمن للمبيع على وجه يقتضي ذلك، ممنوعة كمنع اقتضاء الثاني له، بل لعل ما عن أمي حنيفة ومالك والشافعي من القول الآخر، وهو العكس إي يجبر المشتري على تسليم الثمن -أولى منه، لأن حقه متعين في المبيع، فيؤمر بدفع الثمن ليتعين حق البايع، فإن للبائع حقاً آخر، وهو التسلط على الخيار بعد الثلاثة وقد يفوته ذلك بالقبض

وأولى منهما معاً القول الثالث للشافعي وهو لا يجبران معاً، لكن يمنعان من التخاصم، فإن سلم أحدهما ما عليه، أجبر الآخر، وكأنه لحفظ أن الوجوب على كل منهما مشروط بعدم امتناع الآخر فإذا امتنع معاً ارتفع الوجوب عنهما، فلا عصيان من أحدهما حتى يجبرهما الحاكم، لكن قد عرفت أن وجوب التقاوض عليهما مطلق غير مشروط بشيء ولا ينال فيه جواز الامتناع لأحدهما، إذا عصى الآخر في عدم التقاوض.

والرابع له أيضاً أنهما يجبران معاً وهو المختار، لكن أقواله الأربعة إذا كان الثمن في النمة فإن كان معينة فقولان له خاصة، عدم الاجبار وبه قال أحمد للشبهة السابقة، والاجبار لهما، وقد عرفت أنه الأقوى على كل حال، ومن ذلك كله ظهر لك أن المراد

بوجوب التسليم على كل منهما التقابض ، وإلا فيجوز لأحدهما الامتناع عن التسليم ، إن سبقه الآخر بالامتناع ، كما هو مقتضى المعاوضة ، والمعلوم من بناء المتعاقدين ، بل إطلاق العقد بالنسبة إلى ذلك كالتصريح به .

لكن عن الأردبيلي بعد أن حكى عن الأكثر أنه إنما يجب عليهما معاً الدفع بعد أخذ العوض ، ويجوز لكل المنع حتى يقبض - أشكله بعدم النص ، وثبوت الإتيان بالعقد يقتضي وجوب الدفع على كل واحد منهما عند طلب الآخر ، وعدم جواز الحبس حتى يقبض حقه ، وجواز الأخذ لكل حقه من غير إذن الآخر ، لأن ذلك هو مقتضى الملك ، ومنع أحدهما حق الآخر وظلمه لا يجوز الظلم للآخر ومنعه حقه ، واستجوده المحدث البحراني ، لكن قال : إن في فهم ذلك من عباراتهم في هذا المقام إشكالا ، إذ غاية ما يفهم منها أن إطلاق العقد يقتضي وجوب تسليم المبيع والتمن ، فالواجب حينئذ على كل منهما التسليم من غير أولوية تقديم ، خلافاً للشيخ .

فالعرض بيان تساويهما في وجوب التسليم ردّاً على ما سمعته من الشيخ ، وأين هذا من المعنى الذي ذكره وأشكله ، قلت : لا ينبغي التأمل في أن المفهوم من عبارات الأصحاب أن لأحدهما الامتناع بعد امتناع الآخر ، وأن بناء المعاوضة على ذلك ، وهو المراد مما في الدروس من أن حكم العقد تقابض العوضين ، إلى أن قال : «فإن تنازعا في التقدم تقابضا» ونحوها غير ها إلا أن الوجوب على كل منهما مستقل على كل حال وأن المالكين بمنزلة الوديعتين فليس لأحدهما الامتناع عن التسليم مع عدم إرادة المقاصة مثلاً بعد امتناع الآخر .

ومن ذلك يظهر أنه لا وجه لأشكال الأردبيلي بعد الفهم العرفي من إطلاق العقد ، فتاوى الأصحاب - بعد الاغضاء عما نقله عنهم - مما حاصله يرجع إلى ما ذكرناه في القول الثالث للشافعي ، وربما حكى عن بعض الفسوخ أو بعد الخلاف ؛ وحينئذ يكون على وفق المشهور . فتأمل جيداً . فإن المقام لا يخلو من دقة .

وربما ظهر منه أيضاً أن وجوب التسليم الذي اقتضاه العقد بعد الطلب ، فلا يجب حينئذ قبله ، وفيه أن ظاهر الأصحاب ما قد مناه سابقاً من اقتضاء إطلاق العقد وجوب

التسليم ، كما أن العرف والقواعد الشرعية كذلك أيضاً ، فالتأخير يحتاج إلى الإذن لا الدفع فلاحظ وتأمل جيداً فيه وفي أن حق الحبس حيث يكون لأحدهما حق متعلق بالعين فيأثم حينئذ بالقبض بغير إذن ، وسائر تصرفاته فيها وإن لم يضمن له قيمة المنافع للملك بالعقد ، أو أنه لا تعلق له بالعين ، بمعنى ، أن الائتم يحصل بالقهر على القبض خاصة ، وأما التصرف في العين فلا إثم فيه ، وجهان لم أقف على تنقيح لأحدهما . في كلام الأصحاب .

والذي يناسب الإرفاق وحديث الضار (١) الأول ، فلا تصح الصلوة فيه مثلاً ، كما أنه لم أقف على تنقيح في كلامهم ، لكون الائتم يحصل بالقبض بالإذن ؛ أو أنه مع المنع خاصة ، مع أن الوجهين قائمان فيه أيضاً ؛ ﴿و﴾ المناسبة المذكورة لأولهما أيضاً . هذا كله مع عدم الشرط لامعه .

﴿لو اشترط البايع﴾ خاصة ﴿تأخير التسليم﴾ للثمن ﴿إلى مدة معينة جاز﴾ سواء كان كلياً في الذمة أو عيناً مشخصة ، للعموم الذي مقتضاه عدم استحقاق التسليم عليه ﴿كما لو اشترط المشتري تأخير الثمن﴾ ولو اشترطاً معاً جازاً أيضاً إذ الم يكن كل من الثمن والثمن كلياً في الذمة ، والا كان من بيع الكالي بالكالي كما في الدروس ، وتسمع انشاء الله تعالى تحقيق الحال في ذلك أيضاً ، وليس لغير مشروط التأخير الامتناع عن التسليم حينئذ ، لبقاء اقتضاء العقد بالنسبة إليه سالماً كما هو واضح ولو فرض إتحاد الاجل منهما ؛ ففي بقاء حكم ما اقتضاء العقد من التقايض بعد حلول الاجل وجهان : ولو كان الشرط لأحدهما ، فلم يقبض العوض حتى حل الاجل ، ففي عود حكم التقايض إشكال ، أقواه عدم ، لعدم إطلاع للعقد بقبضه بعد أن كان مستحقاً لتقديم التسليم على الآخر ولو كان الثمن تدريجياً كعمل من المشتري ، فالظاهر عدم اعتبار التقايض لعدمه ، بل الواجب دفع المبيع كما لو كان الثمن نسيئة .

نعم لو كان منفعة عين مملوكة ، كدابة أودار أمكن اعتباره بدفع العين ذات

المنفعة . فتأمل . فإنه قد ينافيه كلامهم في كتاب الاجارة . ثم إن الشرائط التابعة للثمن والمثمن تتبعهما أيضاً في اعتبار التقابض لاتحاد إقتضاء الاطلاق في الجميع . نعم لو فرض خروجهما عن ذلك ، أمكن دعوى عدم إقتضاء الاطلاق التقابض وإن استحق كل منهما على الآخر ، نحو الوديعتين ، فليس لاحدهما الحبس بامتناع الآخر ، كما في بعض الشروط في النكاح التي يراد منها أصل الاستحقاق ، لا معنى المعاوضة الملحوظ فيها التقابض . فتأمل . والظاهر أن حق الحبس ثابت بالامتناع من بعض العوض بل الظاهر عدم وجوب التقابض على النسبة لانه خلاف مقتضى العقد ، مع احتماله فيما يتحقق منه . والله العالم .

﴿وكذا﴾ يجوز ﴿لواشترط البائع﴾ مثلاً ﴿سكنى الدار أو ركوب الدابة مدة معينة﴾ كان أيضاً جائزاً ﴿بلا خلاف ولا اشكال﴾ في أصل جواز ذلك ، وظاهر المصنف عدم استحقاق التسليم عليه حينئذ ، ولعله لاقتضاء العرف ، وإلا فلا منافاة بين استحقاق الركوب والسكنى ، ووجوب التقابض ، ﴿و﴾ لكن البحث فيما يتحقق به ﴿القبض﴾ الذى يتوقف عليه الصحة في بعض العقود ، ويرتفع به ضمان البائع وخياره بعد الثلاثة في بعض الاحوال ، والحرمة أو الكراهة في بيع مالم يقبض ، الى غير ذلك من الاحكام المترتبة في البيع وغيره ، وهو في النهاية الأثيرية : القبض بجميع الكف ومحكي المصباح المنير : ألاخذ . وفي الرياض عن جماعة من أهل اللغة : أنه القبض باليد . وفيه في غيره أنه في العرف كذلك أيضاً .

لكن ذلك لا يوافق ما عند الاصحاب ، إذ قيل : أنه ﴿التخلية﴾ مطلقاً ﴿سواء كان المبيع مما لا ينقل كالعقار ، أو مما ينقل ويحول كالثوب والجواهر والدابة ، وقيل فيما ينقل ، القبض باليد ، أو الكيل فيما يكال ، أو الانتقال به في الحيوان﴾ وقريب منه ما في المحكي عن المبسوط ، بل لعله هو الذى أراده ، وإن كان لم يحكه بتمامه قال فيه على ما في المختلف : «أنه التخلية فيما لا ينقل ويحول . وأما فيه فإن كان مثل الدراهم والدنانير والجواهر وما يتناول باليد ، فهو التناول ، وإن كان حيواناً

كالعبد والبهيمة ، فالقبض فى الاول أن يقيمه فى مكان آخر ، وفى الثانى أن يمشى بها إلى مكان آخر ، وإن كان اشتراه جزافاً ، فالقبض أن ينقله من مكانه ، وإن كان مكايلة فالقبض أن يكيّله « قال : وتبعه ابن البراج وابن حمزة .

وقيل : أنه التخلية فيما لا ينقل ، وفى المنقول نقله ، واختاره أبو المكارم مدعيًا عليه الاجماع ، وتبعه الشهيدان فى اللعة والروضة ، وفى الدروس « فى غير المنقول التخلية بعد رفع اليد ، وفى الحيوان نقله ، وفى المعتبر « كيّله أو زنه ، أو عدّه ، أو نقله ، وفى الثوب وضعه فى اليد » قال : وقيل : التخلية مطلقاً ، ولا بأس به فى نقل الضمان ، لا فى زوال التحريم أو الكراهة عن البيع قبل القبض .

نعم لو خلى بينه وبين المكيّل فامتنع حتى يكتاله ، لم ينتقل إليه الضمان وفى المختلف « أنه إن كان منقولاً فالقبض فيه هو النقل أو الاخذ باليد ، وإن كان مكيّلاً أو موزوناً فقبضه هو ذلك أو الكيل أو الوزن ، وإن لم يكن منقولاً فالتخلية ، وفى التحرير « الاقرب عندى أن القبض : الكيل أو الوزن فيما يكال أو يوزن ، و القبض باليد فيما ينقل ويحول ، والنقل فى الحيوان ، والتخلية فيما لا ينقل ويحول ومنه الثمرة على رأس النخل » وفى المسالك « التخلية فى غير المنقول ، وفيه استقلال اليد عليه ، سواء نقله أم لا ، وفى المكيّل والموزون كيّلهما ووزنهما » إلى غير ذلك من الاقوال المتفقة ، على أنه التخلية فى غير المنقول ، واختلافها إنما هو فى المنقول ، ومرجعها مع ملاحظة سائر القيود إلى سبعة ، كما أن منشأها منحصر فى دعوى العرف .

وصحيح معاوية بن وهب (١) « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يبيع البيع قبل أن يقبضه ؛ فقال : ما لم يكن كيل أو وزن ، فلا تبعه حتى تكيّله أو تزنه إلا أن

توليّه « وخبر عقبة بن خالد (١) عن الصادق عليه السلام « في رجل اشترى متاعا و أوجبه ، غير أنه ترك المتاع عنده ولم يقبضه ، وقال : آتيك غداً إنشاء الله ، فسرقت المتاع من مال من يكون ؟ قال : من مال صاحب المتاع الذي هو في بيته ، حتى يقبض المتاع و يخرج من بيته ، فإذا أخرجه من بيته ، فالمبتاع ضامن لحقه حتى يرد مال إليه »

فبين جامع بين مضمونهما والعرف ، وبين مقتصر على الثاني ؛ لضعف سند الثاني منهما ، واعتباره الاخراج المخالف للاجماع ، وارادة النقل منه ليس بأولى من ارادة التخلية أو الاستيلاء أو نحو ذلك ، ولا نصريح في الاول بأن الكيل قبض ، ويمكن ارادة النهي عن بيعه قبل كيله ووزنه ، وإن تحقق القبض فيه بالنقل ، ولعل الاكتفاء به في جواب السؤال عن البيع قبل القبض ، لاستلزامه حصول القبض مع زيادة الاعتبار المزبور ، فالمراد حينئذ أن اشتراط ذلك في بيعه مستلزم لحصول القبض ، وفرض حصوله أي الاعتراض بدونه نادراً لا ينافي الاطلاقات ، فانحصر الأمر حينئذ في اللغة .

لكن قد عرفت أن ما فيها لا يوافق ما أجمع عليه الاصحاب في غير المنقول ، والذي يقوي في النفس ، أن المراد به في جميع المقامات التي اعتبره الشارع في صحتها أولزومها أو غيرهما من الأحكام ، تحويل السلطنة العرفية من المنقول منه إلى المنقول إليه ، سواء حصل له السلطنة الشرعية قبله بالعقد ، كما في البيع ونحوه ، أو لا كالوقوف والهبة ونحوهما .

ولا ريب في حصولها بالتخلية في غير المنقول ؛ به معنى رفع المناقيات للمنقول إليه مع رفع يد الناقل والإذن منه ، ضرورة صيرورته بذلك كالناقل في قبضه لعقاره ولا يحتاج حينئذ وصول المنقول إليه بنفسه أو وكيله إلى المنقول أو تصرفه فيه بل لا يحتاج إلى مضي زمان وان كان بعيداً عن المنقول إليه ، لصدقها بدونه قطعاً ، كصدق دخوله في قبضته واستيلائه وتحت يده بذلك كالمنقول منه ؛ وليس الاذن المزبورة

لتوقف جواز قبض المشتري للمبيع عليها ، كى يرد أنه لا دليل عليه بعد أن ملكه بالعقد بل لتوقف تحقق التخلية المعتبرة فى حصول السلطنة العرفية فى مثله عليها ، وإلا فالاقوى عدم اعتبار الاذن فيما كان قبضه بغير التخلية ، حيث لا يكون له الحبس لتسلم الثمن أو المثلن .

نعم هى معتبرة حيث يكون له ذلك ، على الوجه الذى عرفته سابقا ، وكذا لا ريب فى حصولها فى غير المنقول بالاستيلاء على العين استيلاء يستطيع به النقل و الأخذ وغيرهما من أحوال المالك ، من غير حاجة إلى وقوع ذلك منه فعلا ، ضرورة صدق تحقق المراد من القبض بطرح العين بين يدي المنقول إليه على وجه يتمكن من الفعل فيها كيف شاء نقلا وأخذاً ونحوهما ، إذ ليست أمواله التى بيده و يصدق عليها أنها مقبوضة له وتحت قبضته وفى يده إلا كذلك ، من غير حاجة إلى المماساة والتصرف الحسيين ، وليس ذاكا لتخلية المزبورة فى غير المنقول ، إذ من الواضح الفرق بين تحقق السلطنتين عرفا فى ذلك ، فان أراد القائل بالتخلية مطلقا ما يشمل ذلك ، بدعوى أنها فى المنقول غير هافى غيره فمرحبا بالوفاق كما أنه إن كان المراد بما فى المسالك ذلك أخص البحث معه حينئذ فى خصوص القبض فى المكيل والموزون ، لكن فى كلامه بعد ذلك ما ينافى حمله على ما ذكرناه ، بل فيه ما يقضى بالتشكيك فى اعتبار القبض فى المكيل والموزون بالكيل والوزن .

قال : «التحقيق أن الخبر الصحيح (١) دل على النهي عن بيع المكيل والموزون قبل اعتباره بهما ، لا على أن القبض لا يتحقق بدونهما ، وكون السؤال فيه وقع عن البيع قبل القبض لا ينافى ذلك ، لان الاعتبار بهما قبض وزيادة ، فلو قبل بالاكتهاء فى نقل الضمان فيهما بالنقل ، عملا بمقتضى العرف والخبر الآخر (٢) ويتوقف البيع ثانيا على الكيل والوزن ، أمكن إن لم يكن إحداث قول فى المسألة » انتهى فتأمل

(١) الوسائل الباب ٤ من ابواب احكام العقود الحديث ١١

(٢) الوسائل - الباب ١٠ من ابواب الخيار الحديث ١

جيداً ، فان كلامه لا يخلو من اضطراب فى الجملة ، كمافاضل فى الرياض .
 والتحقيق ما عرفت ، وليس مرادنا حصر مصداق القبض بما ذكرنا ، بل المراد
 عدم اعتبار القبض باليد أو النقل حساً و لو كان المبيع بيد المشتري قبل الابتياح ،
 ففى المسالك « إن كان بغير إذن البايع ، فلا بد من تجديد الإذن فسي تحققه ، أي
 القبض بالنسبة إلى رفع التحريم أو الكراهة ، وأما بالنسبة إلى نقل الضمان فيحتمل
 قوياً تحققه بدونه ، كما لو قبضه بعده بغير إذن البايع » قال : « ويحتمل توقف الأمرين
 على تجديده ، لفساد الأول شرعاً ، فلا يترتب عليه أثره ، ولو كان باذنه كالوديعة و
 العارية ، لم يقتصر إلى تجديد إذن ولا تخلية » . وفيه أنه لا وجه لاعتبار الإذن فى
 المنقول ، حيث لا يكون له الحبس ، كما لو باعه بثمن فى ذمة البايع مثلاً ، لانتقاله
 إلى ملكه بالعقد ، والفرض أنه فى يده وفى قبضته وكون اليد سابقاً عدواناً لا ينافى
 انتقال استمرارها إلى غير العدوان ، وليس ذا القبض المتوقف صحة العقد عليه ،
 فان اعتبار الإذن فى ذلك مطلقاً متجه ، بخلاف المقام المتجه فيه على الظاهر
 عدم الفرق .

نعم لا يبعد بقاء حق الحبس له إذ الم يكن الثمن و اصلاً إليه ، فيحرم عليه
 التصرف ، بناء على اقتضائه ذلك ، ويبقى له الخيار بعد الثلاثة ، أما انتقال الضمان ،
 وزوال الحرمة أو الكراهة ، فالوجه تحقهما به ، لصدقه ، ودعوى ارادة الصحيح
 منه - بدعوى أنه يشترط فيه شرعاً الإذن وبذلك ينقسم حينئذ إلى الصحيح والفساد
 دعوى فى دعوى لا شاهد على شىء منهما ، خصوصاً مع أن الأصل ضمان المشتري . فتأمل .
 ولو كان المبيع مشغولاً بملك البايع ، فان كان منقولاً كالصندوق المشتمل
 على أمتعة البايع ، كفى فى قبضه على المختار حصول تلك السلطنة عليه و لو قبل
 تفريغه . بل لو اعتبرنا نقله ، و نقله المشتري بالامتعة كفى فى نقل الضمان وغيره
 الجواهر ١٩

حتى مع عدم إذن البايع في نقل الامتعة ، بعد أن يكون آذناً في المبيع ، أو كانت إذنه غير معتبرة لوصول الثمن إليه ، إذا لزم في ذلك لا ينافي صحة القبض ، وترتب أحكامه عليه ، واحتمل في المسالك توقفه - فضلاً عن غيره من أحكام القبض - على إذن البايع في نقل الامتعة ، وفيه من الضعف ما لا يخفى .

وإن كان غير منقول فلا ريب في تحقق التخلية قبل نقل الامتعة ، فيكتفى بها ، واحتمل في المسالك عدم الاكتفاء بها قبل النقل أيضاً وهو أضعف من سابقه . ولو كان المبيع مشتركاً بين الناقل وغيره ففي المسالك «إنه على ما اخترناه إن كان منقولاً فلا بد من إذن الشريك في تحقق القبض لتوقفه على إثبات اليد والتصرف في حصة الشريك» إلى أن قال فان «أذن الشريك والانتساب الحاكم من قبضه أجمع ، بعضه أمانة وبعضه لأجل البيع » و اختار العلامة في المختلف الاكتفاء حينئذ بالتخلية ، لان المانع الشرعي من النقل كالمانع العقلي في العقار ، ذكر ذلك في باب الهبة ، والحكم واحد بل فيها أقوى .

قلت الظاهر تحقق القبض بنقله وقبضه وإمكان عصيانا ، لما عرفت من أن الائتم في ذلك لا ينافي تحقق القبض عرفاً ، بل وشرعاً ، بل قديقال : بتحقيقه وإن لم يحصل له النقل الحسنى ، بل بمجرد حصول سلطنة البايع له وهي تامة ، و المنع من جهة الشريك أمر خارجي عنها لا ينافي تسلط المشتري على ذلك كتسلط البايع ، وحينئذ يرفع أمره إلى الحاكم في استيفاء المنفعة مع التشاح ، وأولى من ذلك غير المنقول الذي يكفي فيه بالتخلية ، واستجوده في المسالك بعد أن احتمل التوقف على الإذن أيضاً ، قال : «لأن حقيقة قبض ما هذا شأنه رفع يده المالك وتخلية المشتري بينه وبينه ، وهذا لا يقتضي التصرف في مال الشريك» ثم قال : «ووجه الاشتراط أن وضع اليد والتسليط على التصرف لا يمكن بدون التصرف في حصة الشريك» قلت : هو كما ترى بعد عدم اعتبار مثل ذلك في التخلية التي يكفي فيها رفع المانع عرفاً وشرعاً من قبل البايع . ومن ذلك ظهرك الحال فيما لو كان المبيع مختصاً بالبايع ، أو مشتركاً بينه وبين

غيره أو المشتري ، إذا المداور عندنا على حصول تلك السلطنة المزبورة ، والاستيلاء المذكور وفي المسالك «أنه ان كان في مكان لا يختص بالبيع ، كفى في المنقول نقله من حيز إلى آخر ، وإن كان في موضع يختص به ، فإن نقله فيه من مكان إلى آخر بائنه كفى أيضاً ؛ وإن كان بغيره كفى في نقل الضمان خاصة كما مر ، ولو اشترى المحل معه كفت التخلية في البقعة ، وفيه وجهان أحدهما الافتقار إلى النقل ، كما لو انفرد بالبيع ، ولو أحضره البائع ، فقال له المشتري ففعلتم القبض لأن البائع حينئذ كالوكيل فيه ، وإن لم يقل شيئاً ، أو قال لأريده ففي وقوعه بذلك وجهان ، وينبغي الاكتفاء به في نقل الضمان ، كما لو وضع المقصوب بين يدي المالك دون غيره» .

وأنت إذا أحطت خبراً بما ذكرناه لا يخفى عليك مواقع النظر من هذا الكلام . كما أنه لا يخفى عليك ما في قول المصنف ﴿والأول﴾ من الأقوال الذي لم نعرف قائله به قبله ﴿أشبه﴾ وإن استدلل له - بعد دعوى العرف - بأنه استعمل فيها إجماعاً فيما لا ينقل ويحول ، فيجب أن يكون كذلك في غيره ، ويكون حقيقة في المعنى المشترك ، إذ لو استعمل في المنقول بمعنى آخر لكان إما حقيقة فيهما ، فيلزم الاشتراك ، أو مجازاً في الآخر فيلزم المجاز ، وكلاهما على خلاف الأصل . ونظريه في الرياض «بوجوب المصير إلى أحدهما ؛ بعد قيام الدليل عليه ، مع أن استعمال القبض في التخلية في المنقول ، خلاف المفهوم والمتبادر منه في العرف واللغة ، بل المتبادر منه عرفاً عند الإطلاق هو القبض باليد ؛ وبه صرح جماعة من أهل اللغة ، فاللزم الاقتصاد عليه ، إلا ما قام الإجماع على إرادة التخلية منه ، وهو إما يكون في غير المنقول خاصة ، وكذا لا يجب اعتبار شيء زائد عليه من النقل ، إلا ما قام الدليل على اعتباره فيعتبر إن تم . فتأمل جيداً . ومع ذلك يردّه المعبرة (١) فلا وجه لهذا القول أصلاً» .

قلت : قد عرفت أنه يمكن إرادة المعنى الشامل للتخلية وغيرها من القبض ،

وهو السلطنة العرفية ، بل ظاهر الأصحاب أن المذكورات أفراد للقبض ، لامعان ، فلاحاجة حينئذ إلى ارتكاب دعوى الاشتراك أو المجاز ، للدليل ، كما أنك عرفت إمكان إرادة القائل بالتخلية ما قلناه ، وحينئذ دعوى منافاته للعرف كما ترى ، ولو سلم فالمراد شرعاً لا يزيد على ذلك قطعاً ، بل قد يحتمل إرادة ذلك من القبض باليد والنقل في عبارات الأصحاب ، ضرورة عدم الاجتزاء بذلك مع عدم حصول السلطنة به ، فهو كناية عما ذكرنا ، لغلبة حصولها معه .

والمعتبرة قد عرفت الحال فيها ، إذ هي الخبران المزبوران (١) خاصة الذي على تقدير القول بالأول منهما ، قال في المسالك : « لا يخلو المبيع إما أن يكون قد كيل قبل البيع ووزن ؛ أو لا بأن أخبر البائع المشتري بكيله أو وزنه ، أو باعه قدرأ منه معيناً من صبرة مشتملة عليه ، فان كان الأخير فلا بد في تحقق قبضه من كيله أو وزنه ، للنص المزبور ، وإن كان الأول ففي الافتقار إلى اعتباره ثانياً لاجل القبض ، أو الاكتفاء بالاعتبار السابق وجهان ، من إطلاق توقف الحكم على الكيل والوزن وقد حصل ، وقوله فلا بد » لا تبعه حتى تم كيله أو تزنه « لا يدل على أزيد من حصولهما الشامل لما كان قبل البيع .

ومن كون الظاهر ذلك لاجل القبض ، لا لأجل صحة البيع ، فلا بد له من اعتبار جديد بعد العقد ، وبه صرح العلامة والشهيد وجماعة ، وهو أقوى ، ويدل عليه قوله فلا بد في الخبر السابق « إلا أن تولية » فان الكيل السابق شرط لصحة البيع أو مقام مقامه ، فلا بد في التولية وغيرها ، ومقتضى قوله فلا بد « إلا أن توليه » أنه معها لا يتوقف على كيل أو وزن ، فدل ذلك على أنهما لا أجل للقبض لا لأجل صحة البيع .

و أما الثاني فان اكتفينا بالاعتبار الأول ؛ في الأول ، كفى الاخبار فيه ، واختارهما في التذكرة وإن لم نكتف في السابق في الأول ، لم يكتف حينئذ بالاخبار في

(١) الوسائل الباب ٦ من أبواب أحكام العقود الحديث ١ أبواب ١ من أبواب الخيار الحديث ١

الثاني بطريق أولى .

وقد روى محمد بن حمران (١) قال : « قلت لأبي عبد الله عليه السلام : إشترينا طعاماً فزعم صاحبه أنه كاله ، فصدّقناه وأخذناه بكيّله ؟ فقال عليه السلام : لا بأس ، فقلت : أيجوز أن أبيععه كما اشتريته بغير كيل ؟ قال : لا ، أما أنت فلا تبعه حتى تكيله » انتهى وفيه أولاً ما عرفت من عدم دلالة النص ، وثانياً أنه لا ينبغي التأمل في تحقق القبض في الأول ، لو وهبه مثلاً ما بقي من الصبرة ، ثم نقل الجميع ، وبه صرح بعض المحققين ؛ وثالثاً أن السيرة القطعية ، بل يمكن دعوى الضرورة على ما جعله الأقوى كما هو واضح ، خصوصاً إذا كاله المشتري قبل الشراء ونقله ، فانه لا حاجة حينئذ إلى قبض ، لأنّه اشترى ما هو مقبوض له فتأمل جيداً . وستعرف إنشاء الله تحقيق أنّه لا فرق فيه ؛ بين البيع تولية وغيره في الكراهة أو الحرمة قبل القبض .

واعلم المراد من خبر محمد بن حمران (٢) أنّه لا يباع ثانياً مخبراً بكيّله ، على حسب ما أخبر به الأول ، ضرورة ظهور الاخبار في مباشرة المخبر الاعتبار ، والفرض أنّه كذلك ، فهو حينئذ ندليس محرم ، أو أن المراد به ما يراد من غيره من حرمة بيع المكيل أو الموزون قبل اعتبارهما ، أو كراهته مطلقاً ، أو إذا كان طعاماً كما ستعرف ذلك في محله ، من غير مدخلية لتحقيق معنى القبض ، وإن كان ينافيه ظاهر كلامهم الاتي الذي هو ظاهر أن المدار على تحقق القبض فلا حظ وتأمل .

وكيف كان فلا ينبغي إلحاق المعدود بالمكيل والموزون ، في أنّه لا يكتفى بعده سابقا عن العدّ بعد العقد ، لعدم النص ، وتحقيق القبض عرفاً بما يتحقق في غيره خلافاً للدروس فألحقه فيها ، وهو لا يخلو من وجه ، والتحقيق في ذلك كله ما سمعت ، ومنه يعلم الغرابة هنا في بعض ما وقع لبعض الاصحاب . والله أعلم بحقيقة الحال .

﴿و﴾ كيف كان فـ ﴿إذا تلف المبيع﴾ بآفة سماوية ﴿قبل تسليمه إلى المشتري﴾ وقبل تمكينه منه ، إنفسخ العقد و ﴿كان من مال البائع﴾ وعاد الثمن إلى المشتري بلا خلاف أجده فيه ، بل في التذكرة والدروس حتى لو أبراه المشتري من الضمان كما تقدم البحث فيه ، وفيما لو ممكنه منه ، فامتنع من تسلمه أو أنه يتركه عند البائع باختياره والظاهر أن إتلاف المشتري بمنزلة القبض ، سواء كان عالماً أو جاهلاً ، للأصل السالم عن معارضة الخبر (١) المنساق منه غير الفرض ، بقرينة ظهوره في إرادة الإرفاق بالمشتري ، واحتمل الشافعي عدم كونه بمنزلة القبض في الأول ، فضلاً عن الثاني ، بل في التذكرة «هذا إذا كان المشتري عالماً ، أما إذا كان جاهلاً بأن قدم البائع الطعام المبيع إلى المشتري فأكله ، فالأقرب أنه ليس قبضاً وأنه كإتلاف البائع» وهو كما ترى .

ولو أتلفه البائع ففي القواعد والدروس وغيرهما أنه يتخير المشتري ، بين الفسخ ورد الثمن ، وبين الالتزام ومطالبة البائع بالمثل أو القيمة ، كما لو أتلفه أجنبي ، وعن الشيخ الفرق بينهما ، فجعل الأول كالتلف بآفة سماوية ، ووافق على الخيار في الثاني الذي ظاهرهم الاتفاق على الخيار فيه ، لكن قد يحتمل الانفساخ فيهما معاً ، عملاً باطلاق الخبر (٢) وعدم جواز الاتلاف للبائع - فضلاً عن الأجنبي ، لأن ليس له الفسخ فيكون عادياً فيه ، فيترتب عليه المطالبة بما أتلفه - لا ينافي تحقق الانفساخ به ، للخبر المزبور ، وإن كان قد أئتم بالفعل ، على أنه لو فرض عدم تناول الخبر المزبور له ، أشكل ثبوت أصل الخيار له ، بل المتجه للزوم ومطالبة البائع أو الأجنبي بالمثل أو القيمة ، وتعذر التسليم على هذا الوجه لم يثبت مسيئته للخيار ، وخبر الضرار (٣) يدفعه ما وضعه

(٢٠١) الوسائل الباب ١٠ من أبواب الخيار الحديث ١

(٣) الوسائل الباب ١٧ من أبواب الخيار الحديث ٥٠٣

الشارع من الضمان لمن أ تلف مال غيره (١) فتأمل جيداً .

و على كل حال فالظاهر عدم جريان حكم المبيع على المثل أو القيمة في التلف من البايع قبل القبض ، بل في جواز حبسها على الثمن إشكال . ولو كان المبيع متعددًا فتلف بعضه قبل القبض ، إنفسخ ورجع بقسطه من الثمن بلا خلاف ، بل في التذكرة نسبته إلى كل من أبطل البيع بالاتلاف ، وفيها وفي الدروس كان له خيار التبعض في المقبوض ، وفيه نوع تأمل ، لكنه ضعيف ، وأضعف منه احتمال عدم الانفساخ في التالف ، لتعليق الحكم على تلف المبيع الذي لا يصدق إلا بتلف الجميع ، فيبقى حينئذ غيره على الأصل ، فيكون تلفه حينئذ من المشتري ، لانه أمانة في يد البايع ، وتسمع في باب الثمار تنمة لهذا إنشاء الله تعالى .

﴿وكذا إن نقصت قيمته﴾ إى المبيع ﴿بحدث فيه﴾ من الله أو البايع ، أو الاجنبى ﴿كان للمشتري رده﴾ بلا خلاف ، بل في الروضة عن كشف الرموز الاجماع عليه ، ولأصالة صحة العقد ، والضرر بإلزامه بقبوله على هذا الحال - وقد علم من حكم التلف قبل القبض ارفاة الشارع بالمشتري خاصة دون البايع - وجبر ضرره - المشابه للانفساخ إنما هو بالخيار .

﴿وفي الارش﴾ مع الالتزام لو كان التعيب من قبل الله كما في المسالك ﴿تردد﴾ ينشأ - من أصالة البراءة بعد جبر الضرر بالخيار ، على أنه إذا كان من الله تعيب على ملكه ، لا من قبل أحد ، وهو خيرة الشيخ في المحكى عن مبسوطه وخلافه ، وابن ادريس بل نفى الخلاف فيه في الثاني ، بل ربما ظهر منهم ذلك حتى لو كان من قبل البايع - ومن أنه مضمون على البايع بأجمعه ، فكذا أجزائه وصفاته ، واختاره الشيخ في نهايته ، والفاضل والشهيدان ، بل في المختلف حكايته عن ابن براج وأبى الصلاح ، وفيه ان ضمان البايع له بمعنى انفساخ العقد لو تلف ، لا انه يغرم

(١) قاعدة مستفادة من مضامين الاخبار ومن اراد الاطلاع على مداركها فليراجع القواعد

الفقهية ج ٢ للسيد البجنوردى.

المثل أو القيمة ، ومثله يمنع سريانه للأجزاء ، والا لاقتضى إنفساخ العقد في الجزء المقابل له من الثمن ، حتى لو أراد دفع الأرض من غيره لم يجب عليه القبول ؛ و لا ريب في بطلانه خصوصا على ما هو الظاهر من عدم مقابلة أجزاء الثمن لأجزاء المبيع اللهم إلا أن يدعى أن إعطاء الأرض مشابه للرجوع بالثمن في تلف الجميع ، فيستفاد حكمه منه ، لكن الاكتفاء في الحكم الشرعي بمثل ذلك في نحو هذه المسألة الخلافية كما ترى .

نعم لا ريب في ثبوت الأرض لو كان التعيب من أجنبي ، لعموم من اتلف (١) و الضرورة على عدم هدر جناية الجاني و تناول البايع لها - مع كون المال لغيره - لا وجه له ، فانهصر في المشتري ، لكن الظاهر بناء على ذلك إنما هو تفاوت ما بين القيمتين من غير ملاحظة النسبة إلى الثمن ؛ وإن كان إطلاق لفظ الأرض تقتضي ذلك لأنه جزء من الثمن ، ولو كان التعيب من قبل البايع ، فالظاهر التزامه بالأرض ، لنحو ما سمعته في الأجنبي . فيتجه منه ما ذكرناه فيه .

اللهم إلا أن يدعى إنفساخ العقد فيما قابل الجزء الفائت من الثمن ، وقد عرفت ما فيه ، وقد يناقش في أصل ثبوت الأرض على البايع ، بأن الضرر الناشئ عنه سلك المشتري على الخيار ، فكان تزلزل العقد صار عوض جنايته ، فلا يستحق معه أرض ، إلا أن الأول أقوى . ومن ذلك ظهر أن المشتري يرجع على الأجنبي بالأرض حيث يكون التعيب منه كما هو صريح بعضهم ، و ظاهر آخر و ليس له الرجوع على البايع ، باعتبار أنه مضمون عليه كالمقصوب ، و هو في الجملة مؤيد لما ذكرنا من عدم كون العين مضمونة على البايع بالمعنى المزبور . فتأمل جيدا . والله أعلم .

﴿ويتعلق بهذا الباب مسائل﴾

﴿الاولى﴾ : لاخلاف بناء على الملك بالعقد في أنه ﴿إذا حصل للمبيع نماء
 كالنجاج أو ثمرة النخل أو ما في حكمه ك﴿اللقطة﴾ للعبد ﴿كان ذلك للمشتري﴾
 لأن من التوابع لملكه ﴿فإن تلف الأصل﴾ قبل قبضه ﴿سقط الثمن عن المشتري﴾
 لانفساخ العقد ﴿وله النماء﴾ لأن التحقيق كون الفسخ من حينه ، لا من اصله ، وليس
 من ذلك أرض جنابة الأجنبي مثلاً ، فمتى فسخ بها كانت للبائع ، لأنه عوض حزم
 عاد إلى ملك المالك كما هو واضح ﴿ولو تلف النماء من غير تفريط ، لم يلزم البائع
 دركه﴾ - لأنه امانة في يده ولايجرى عليه حكم المبيع ؛ للأصل السالم عن
 المعارض .

المسألة ﴿الثانية﴾ : إذا اختلط المبيع بغيره في يد البائع إختلاطاً لا يتميز ،
 فإن دفع الجميع إلى المشتري جاز ﴿وعن الشيخ انه يجب عليه القبول ، لأنه
 زاده فضلاً ، وفيه منع ، بل الظاهر عدم سقوط الخيار الاتى بالبدل ، كما صرح به
 في جامع المقاصد والمسالك﴾ وان امتنع البائع قيل ﴿والقائل الشيخ فيما حكى
 عنه﴾ : ينفسخ البيع ، لتعذر التسليم ﴿ولانه كالتلف قبل القبض ، وفيه منع واضح
 إذا أقصاه صيرورته كبيع المشاع .﴾ ﴿والاقوى﴾ عندى ان المشتري بالخيار ، إنشاء
 فسخ وان شاء كان شريكاً للبائع ، كما إذا إختلط بعد القبض ﴿فانه لا ريب في تحقق الشركة
 قهراً ، ولا فرق في الإختلاط بين كونه من فعل البائع ، او غيره غير المشتري ولا بين
 كونه بالمماثل أو الاجود أو الاردى .

نعم في المسالك «ينبغي - في الامتزاج بالاجود بغير اختياره - ثبوت الخيار

له، أي البايع أيضاً لتضرره بذلك، مع اختيار المشتري الشركة وفيه إشكال ينشأ من عدم مراعاة حاله قبل القبض، وإنما هي مختصة بالمشتري، ولذا لو تعيب من قبل الله في يده، تسلط المشتري خاصة على الخيار، وفي الأرض ما عرفت، على إن المتجه بناء على ما ذكره، ثبوت الخيار له مطلقاً، لا في خصوص الاختلاط بالأجود، لأن الشركة مطلقاً ضرر عليه أيضاً. فتأمل. وحكم الاختلاط بغير مال البايع، حكم الاختلاط بماله. ثم إنه حيث تفتقر القسمة إلى مؤونة فهي على البايع، لأن هذا العيب مضمون عليه، والتخليص واجب عليه، لوجوب تسليم المبيع إلى المشتري بعينه

المسألة الثالثة: لو باع جملة فتلّف بعضها بأفّة سماوية ﴿فإن كان للذات قسط من الثمن﴾، لأنه لا يبقى مع فواته أصل المبيع، بل بعضه، وضابطه ما كان صالحاً للبيع منفرداً، إنفسخ العقد فيه، ورجع ما يخصه من الثمن، لصدق تلف المبيع قبل قبضه، وكون الثمن موزعاً عليه، و﴿كان للمشتري فسخ العقد﴾ في الباقي، لتبعّض الصفقة ﴿وله الرّضا بحصة الموجود من الثمن كبيع عبيدين، أو نخلة وفيها ثمرة لم تؤثر، وإن لم يكن له قسط من الثمن﴾ لبقاء أصل المبيع بفواته، ﴿كان للمشتري الرد﴾ لما تقدم ﴿أو أخذه بجملة الثمن، كما إذا قطعت يد العبد﴾

وظاهره هنا الجزم بعدم الأرض، مع أنه تردّد فيه سابقاً، واحتمال تغاير موضوع المسألتين في غاية السقوط، ووجهه ما سمعته من عدم مقابلة الثمن للأجزاء، حتى يفوت ما يخصها منه بفواتها، فليس إلا الخيار، كما لو فات الوصف الذي صرح في القواعد وجامع المقاصد والمسالك بعدم الأرض فيه، قال في الأخيرين: «فلو كان العبد كاتباً فنسى الكتابة قبل القبض، فللمشتري الرد خاصة؛ فإن الفائت ليس بعضاً من المبيع، ومن ثم لو شرط كونه كاتباً، فظهر بخلافه لم يستحق سوى الرد هلكتهما فرقاً بينهما وبين الجزء الفائت، كاليد ونحوها، وجزماً بعد التردّد بالأرض فيه، معللين له بأن القيمة تزيد بوجوده، وتنقص بعدمه، وفواته من أظهر العيوب وأبينها، وللقطع بأن المبيع

هو مجموع بدن العبد ، وقدرات بعضه ، بل صرح في الاخير منهما أن الخيار فيه تبعض الصفقة ، وأنه كفوات ماله قسط من الثمن من أحد العبدین ونحوه .
وقد عرفت سابقا قوة القول بعدم الارش في الجزء ، فضلا عن الوصف لو كان الفوات من قبل الله ، أما لو كان من أجنبي فلا ريب في ضمان الجناية ، وأن الأقوى كون المضمون تفاوت القيمتين من غير ملاحظة الثمن ، بل وكذا البايع ، وعليه فقد يقوى عدم الفرق بين فوات الجزء والوصف ، ضرورة تفاوت القيم بتفاوت الوصف ، بل يمكن التزام مقابلته بالثمن ، بناء على مقابلته الاجزاء . فتأمل جيدا . والله أعلم .

المسألة الرابعة : يجب تسليم المبيع مفرغا * من أمتعة البايع وغيرها مما لم يدخل في البيع بمعنى وجوب التسليم والتفريغ * فلو كان فيه متاع وجب نقله ، أو زرع قد أحصد ، وجب إزالته * وإن لم يكن قد أحصد ، وجب الصبر إلى أوانه إن اختاره البايع ، ولا أجره عليه على الظاهر . نعم للمشتري الخيار إذا لم يكن عالما به للضرر . * ولو كان للزرع عروق تضر * بالانتفاع * كالقطن والذرة ، أو كان في الارض حجارة مدفونة ، أو غير ذلك * مما يمنع الانتفاع أو كماله * وجب على البايع إزالته ، وتسوية * الحفر في * الأرض * لو وجب تسليم المبيع إليه متمكنا من الانتفاع به * وكذا لو كان فيها دابة ، أو شيء لا يخرج ، إلا بتغير شيء من الابنية ؛ وجب إخراجه وإصلاح ما يستهدم * وفي القواعد وجامع المقاصد والمسالك والروضه ، وجب الارش ويمكن رجوعهما إلى معنى واحد ، وإن أريد بالارش رجوع جزء من الثمن ، كان فيه بحث يعرف مما تقدم ؛ وله الفسخ مع الجهل بالحال ، كما صرح به في الجامع والمسالك . ثم إن التفريق وإن كان واجبا ، إلا أن القبض لا يتوقف عليه ، فلورضي المشتري بتسليمه منشغولا ، ثم القبض ، ويجب تفريقه بعده ، وفي جواز الامتناع عن القبض قبله وجه .

المسألة الخامسة : لو باع شيئا فنصب من يد البايع * قبل القبض * فإن أمكن استعادته في الزمان اليسير * وجبت * ولم يكن للمشتري الفسخ * ، للأصل السالم

﴿والإلا﴾ يمكن ذلك أصلاً ، أو بعد الزمان الكثير ﴿كان له ذلك﴾ للضرر ، وله حينئذ الانتفاع بما لا يتوقف على القبض ، كعتق العبد ونحوه ، وتلفه فى هذه المدة من مال البايع ، وإن كان قد رضى المشتري بالصبر ، واحتمال أن هذا الرضا قبض ضعيف ، بل لو تصرف فى المبيع ، بنظر أو لمس أو نحوه ، وهو فى يداى الغاصب لم يكن قبضاً عرفاً ، بل الرضاء بالبقاء فى يداى البايع ، ليس قبضاً ، فضلاً عن الغاصب ، كما صرح به خبر عقبة بن خالد (١) المتقدم . نعم قد يقال : بعدم الانفساخ قهراً بالتلف السماوي فى يداى الغاصب بكونه مضموناً عليه للمشتري ، فهو حينئذ كما لو ضمنه الاجنبى بالاتلاف فى يداى البايع ، خصوصاً مع كون الانفساخ على خلاف القواعد ، فيجب الاقتصار فيه على المتيقن ، وهو فيما إذا كان غير مضمون للمشتري ، كما إذا كان فى يداى البايع . فتأمل جيداً ، فإنه دقيق ، لكن لا يحضر نى فى الآن من احتمله .

﴿و﴾ كيف كان فـ ﴿لا يلزم البايع أجرة المدة على الاظهر﴾ لان المضمون عليه إنما هو العين وما كان من توابعها الداخلة فى البيع ، وليست المنفعة من هذا القبيل وإنما هي نماء المبيع فلا تكون مضمونة ، ولذا قال فى جامع المقاصد : « لا ريب فى ضعف احتمال الضمان ، وقد سبق من قريب فله النماء . غير مضمون ، والمنفعة نماء . نعم قد يقال : إن النماء المتصل محل تردد ، فان المبيع لو سمن فى يداى البايع ، ثم هزل جاء فيه الوجهان ، إلا إذا كان السمن موجوداً وقت العقد ، فإنه مضمون قطعاً قلت : يمكن دعوى كون المنفعة فيه من قبيل النماء المتصل ، فيكون الاحتمال حينئذ فى محله ، لأن فوائدها حينئذ بمنزلة النقص قبل القبض .

نعم يضعف الاحتمال المزبور ما عرفته سابقاً من أن النقص الداخلى على المبيع من أجنبى ، ضمانه - مع اختيار المشتري للزوم - على الاجنبى لا على البايع ، فيختص حينئذ الغاصب بالرجوع عليه ، على أن التحقيق عدم دخول المنافع فى المبيع ، وإنما هي نماء .

﴿فأما لو منعه البائع عن التسليم ، ثم سلم بعدمّة ، كان له الأجرة﴾ لأنه غاصب إذا لم يكن امتناعه بحق ، كقبض الثمن ، بل في جامع المقاصد احتمال الضمان أيضاً ، لأن جوار الحبس غير سقوط حق المنفعة ، ولا يلزم من ثبوت الأول الثاني وإن كان الأقوي الأول . ثم إن الظاهر جريان حكم الغاصب عليه في صورة عدم كون الحبس بحق ، ينافيه الإحتمال السابق ، في عدم الإفساخ قهراً لو تلف في يده بآفة سماوية .

ولو طلب المشتري الانتفاع بالمبيع في يد البائع بنفسه وبغيره إلى حين تسليم الثمن ففي جامع المقاصد الظاهر أن للبائع المنع ، وفيه نظر ، وكيف كان فالنفقة في مدة الحبس على المشتري ، لأن العين ملكه ، فإن امتنع منبأ رفع البائع أمره إلى الحاكم ، فإن تعذراً نفق بنية الرجوع ورجع بها كما في نظائره : لكن في جامع المقاصد ما أشبه هذه المسألة ، بمثل منع الزوجة نفسها قبل الدخول إلى أن تقبض المهر ، فإن في استحقاقها النفقة تردد ، قال : ويحتمل الفرق بين المؤسر والمعسر ، وفيه أنه يمكن الفرق بين المقامين . والله أعلم .

﴿ويلحق بهذا﴾ أي النظر الثالث ﴿بيع مالم يقبض وفيه مسائل الأولى : من ابتاع متاعاً ولم يقبضه ثم أراد بيعه﴾ جاز إن لم يكن مكيلاً أو موزوناً إجماعاً بقسميه ونصوصاً (١) ولا يشمل النهي عن بيع مالم يقبض عنده (٢) قطعاً ، كما أنه لم يثبت حديث النهي عن بيع مطلق مالم يقبض (٣) كما اعترف به في الروضة ، ولئن ثبت كان حمله على الكراهة بالنسبة إلى ذلك متعيناً ، فما حكاه في التذكرة عن بعضهم من القول بالمنع مع أنالم تتحقق القائل به - فاسد قطعاً نعم ﴿كره﴾ له ﴿ذلك﴾ مطلقاً كما عن بعضهم ، للمرسل المزبور (٤) وإشعار بعض النصوص (٥) أو ﴿إن كان﴾ المبيع ﴿مما﴾

(١) الوسائل الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود

(٢) الوسائل الباب ٢ من أبواب أحكام العقود الحديث ٤

(٣) الوسائل الباب ١٠ من أبواب أحكام العقود الحديث ٦ سنن البيهقي ج ٥ ص ٣١٣

(٤) الوسائل الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود الحديث ١ و ٩ و ١٨

يكال أويوزن ﴿١﴾ وفاقاً للمفيد والنهاية ومجكي القاضي، بل هو المشهور بين متأخري الأصحاب، نقلاً وتحصيلاً، لاصالة الجواز وعموماته، وإطلاقاته، سيما التعليل في نحو الصحيحين اللذين في أحدهما (١) «في رجل أمر رجلاً يشتري متاعاً، فيشتريه منه، قال: لا بأس بذلك، إنما البيع بعد ما اشتريته» وفي ثانيهما (٢) «لا بأس إنما تشتري، بعدما اشتريته».

و خصوص خبر الكرجي (٣) قال للصادق عليه السلام: «أشترى الطعام إلى أجل مسمى، فيطلبه التجار مني بعد ما اشتريته قبل أن أقبضه، فقال: لا بأس أن تبيع إلى أجل كما اشتريت، وليس لك أن تدفع قبل أن تقبض، قلت: فإذا قبضته جعلت فداك، فلي أن أدفعه بكيله؟ قال: لا بأس بذلك إذا رضوا» وزاد فيما رواه عنه في الفقيه، (٤) قال: «وقلت له: اشترى الطعام من الرجل، وأبيعه من رجل آخر قبل أن اكتماله، فأقول: إبعث وكيلك حتى يشهد كيله إذا قبضته؟ قال: لا بأس» والمراد أجل النمن، والبيع مرابحة، ولذا قيد الامام عليه السلام نفى البأس بما سمعت.

وخبر جميل بن دراج (٥) عن الصادق عليه السلام أيضاً «في رجل اشترى الطعام ثم يبيعه قبل أن يقبضه؟ قال: لا بأس، ويوكل الرجل المشتري منه بكيله وقبضه؟ قال: لا بأس» وخبر أبي بصير (٦) «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى طعاماً ثم باعه

(١) الوسائل الباب ٨ من أبواب أحكام العقود الحديث ٦ وفيه بعد ما يشتريه: بدل ما اشتريه

(٢) الوسائل الباب ٨ من أبواب أحكام العقود الحديث ٨ وفيه إنما يشتريه منه بعد ما يملكه

(٣) الوسائل الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود الحديث ١٩

(٤) الفقيه ج ٣ ص ١٣١ الطبع الحديث النجف

(٥) الوسائل الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود الحديث ٦

(٦) الوسائل الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود الحديث ١٦ مع نقصان يسير فيه

قبل أن يكيّله؟ قال: لا يعجبني أن يبيع كيلا أو وزنا، قبل أن يكيّله أو يزنه، إلا أن يوكيه كما اشتراه، فلا بأس أن يوكيه كما اشتراه إذا لم يربح فيه أو يضع، وما كان من شيء عنده ليس بكيل ولا وزن، فلا بأس أن يبيعه قبل أن يقبضه، وصحيح (١) محمد بن مسلم الواردين في بيع الثمرة المشتراة قبل قبضها، بناء على شمولها للمكيل والموزون منها، لأله لخصوص ما كان على الشجر والنخل.

وخبر إسحق المدائني (٢) «سأل أبا عبد الله عليه السلام عن القوم يدخلون السفينة، يشترون الطعام، فيتأومون بها، ثم يشتريه رجل منهم، فيسألونه فيعطيه ما يريدون من الطعام، فيكون صاحب الطعام هو الذي يدفعه إليهم، ويقبض الثمن؟ قال: لا بأس ما أراهم إلا وقد شركوه، مضافا إلى النصوص (٣) الدالة على جواز بيع السلم بعد حله وقبل قبضه، بل لا خلاف أجده فيه هناك إلا من بعضهم إذا كان البيع بجنس الثمن مع الزيادة، بناء على أن المسألتين من راد واحد، كما صرح به في الروضة والمسالك واختار فيهما مع الحرمة، إلا أن النصوص شاهدة بخلافه، ولذا قرأ المحدث البحراني من القول بالحرمة فيها من قوله بها في المقام. نعم يمكن حمل تلك النصوص على غير صورة البيع، وأنه كان وفاء بصلح ونحوه. فلاحظ وتأمل.

وقيل؟ كما عن العماني: لا يجوز، ومال إليه ثاني الشهيدين والمحدث البحراني **﴿وقيل﴾** كما عن المبسوط والخلاف والغنية والصدوق والقاضي في أحد كتابيه أنه **﴿إن كان طعاما لم يجز﴾** بل في الثلاثة الأول الإجماع عليه، وإن كان موهونا بمصير بعض من تقدمه، ومعظم من تأخره إلى خلافه، بل قد سمعت أن خيرته في النهاية

(١) الوسائل الباب ٧ من أبواب بيع الثمار الحديث ٢٥٣

(٢) الوسائل الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود الحديث ٧

(٣) الوسائل الباب ٧ من أبواب أحكام العقود باب ١١ من أبواب السلف

الكراهة ، فلا ريب في قصوره عن معارضة أدلة الجواز ، كالنصوص (١) التي ما بين قاصرة الدلالة ، أو السند ، ومشتمل على ما لا يقول به المعظم منهم من الفرق بين التولية وغيرها ، ونافه عن البيع قبل الكيل والوزن الذي لا يدل على المقام ، بناء على التحقيق من عدم توقف القبض عليه ، على أن مقتضى عدم التعارض بينهما ما اختاره العماني ، وهو شاذ ، فمفاد النصوص لا قائل به إلا نادر ، وما قالوه من خصوص الطعام غير مفادها .

﴿و﴾ حينئذ فلا ريب أن ﴿الأول أشبه﴾ وعليه يحمل لفظ لا يصلح في صحيح الحلبي (٢) عن الصادق عليه السلام قال : «في الرجل يبتاع الطعام ، ثم يبيعه قبل أن يكال ؟ قال : لا يصلح له ذلك» ومثله خبر البصري (٣) وأبي صالح (٤) مع زيادة «لاتبعه حتى تكيّله» وخبر علي بن جعفر (٥) «سأل أخاه عليه السلام عن الرجل يشتري الطعام يصلح بيعه قبل أن يقبضه ؟ قال : إذا ربح لم يصلح حتى يقبض ، وإن كان تولية فلا بأس » خصوصاً بملاحظة خبر أبي بصير (٦) المتقدم الظاهر في الكراهة . بل هو القرينة على إرادتها من النهي في الزيادة المزبورة .

كالنهي في صحيح منصور بن حازم (٧) عن الصادق عليه السلام أيضاً إذا اشترت متاعاً فيه كيل أو وزن ، فلا تبعه حتى يقبضه ، إلا أن توليه ، فإذا لم يكن فيه كيل ولا وزن فبعه» وخبر محمد بن قيس (٨) عن أبي جعفر عليه السلام «من احتكر طعاماً أو علفاً ، أو ابتاعه بغير حكرة ، وأراد أن يبيعه ، فلا يبعه حتى يقبضه ويكتاله» وخبر حزام المروي عن مجالس الطوسي (٩) قال : «ابتعت طعاماً من طعام الصدقة ، فأربحت فيه قبل أن أقبضه ، فأردت

(١) الوسائل الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود

(٢) الوسائل - الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود الحديث ٥

(٣) (٥٣ و٥٤) الوسائل الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود الحديث ١٤ و٩

(٤) (٧٦ و٧٧) الوسائل الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود الحديث ١٦ و١٧

(٥) (٧٦ و٧٧) الوسائل الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود الحديث ٢١

بيعه ، فسألت النبي ﷺ ؟ فقال : لا تبعه حتى يقبضه « مع أنه استثنى في الثاني : التولية ، كما أن الأول لا يدل على المطلوب ؛ إلا بناء على إرادة القبض من الكيل ، وفيه منع .

وأولى من ذلك في احتمال إرادة الكراهة ، صحيح الحلبي (١) «سأل أبا عبد الله ﷺ عن قوم اشتروا برأفاً فاشتركو فيه جميعاً ولم يقسموه ، أيباع لأحد منهم بيع بزة قبل أن يقبضه ؟ قال : لا بأس به ، وقال : إن هذا ليس بمنزلة الطعام ، إن الطعام يكار » الذي أقصى مفهوم التعليل فيه ثبوت البأس الذي هو أعم من الحرمة . كحبر منصور (٢) «سأل أبا عبد الله ﷺ عن رجل اشترى بيعاً ليس فيه كيل ولا وزن أنه أن يبيعه مرابحة قبل أن يقبضه ويأخذ بربحه ؟ قال : لا بأس بذلك ما لم يكن فيه كيل ولا وزن فإن هو قبضه فهو إبراء لنفسه » إلى غير ذلك من النصوص - التي هي مع قطع النظر عما ذكرناه من أدلة الجواز - ظاهرة في الكراهة .

وقد عرفت أن مقتضاها - خصوصاً مع ملاحظة التعليل في صحيح الحلبي - تعميم الحكم في كل مكيل وموزون ، لا خصوص الطعام ، وهو خلاف المعروف بين القائلين بالحرمة ، كما أن المعروف بينهم ، عدم الفرق في ذلك بين التولية وغيرها ، ولذا نسب المصنف إلى الرواية ، فقال : ﴿ وفي رواية يختص التحريم بمن يبيعه بربح ، فأما التولية فلا ﴾ بل عن المذهب البارع ، أنه لم يقف على عامل بها ، وإن كان فيه أنه قال : به بعض من تقدمه كالفاضل في التحرير والقواعد وتبعه الشهيد الثاني في المسالك والروضة ، للنصوص المزبورة التي ظهر لك أن الأولى الجمع بينها بالقول بالكراهة في مطلق ما لم يقبض للمرسل ، (٣) وتشتد في خصوص المكيل والموزون ، وتشتد في خصوص الطعام منه ، وتشتد في خصوص بيعه مرابحة ؛

(٢٥١) الوسائل الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود الحديث ١٠ و ١٨

(٣) الوسائل الباب ١٠ من أبواب أحكام العقود الحديث ٦ الجواهر ٢١

وفى إلحاق الوضعية بها ؛ أوبالتولية ، وجهان - من لزوم الاقتصار فيما خالف إطلاق المنع على ما تضمنه الروايات - ومن مفهوم الصحيح إذا ربح لم يصلح حتى يقبض ، واحتمال ورود الاطلاقات - واستثناء التولية خاصة مورد الغلبة - لكون المعاملة بالوضعية نادرة ، إلا أنه وارد في مفهوم الصحيح ، ومع ذلك يؤيد الأول ، ذيل خبر أبي بصير (١) السابق ، بناء على عطف يضع فيه على لفظ يربح ، لكن قديقوى فى النفس خفة الكراهة فيها بالنسبة إلى التولية ، إذا ظاهر أن المراد من النصوص أنه مع البيع سراحة ينبغي الكيل والوزن ، وعدم الاكتفاء بالإخبار كما هو المناسب لأخذ الربح ودفعه ، أما إذا لم يكن لديه ربح ، فاللائق أخذه منه كما اشتراه بالإخبار ونحوه - ولا ينبغي متاقتد لعدم حصول ربح له ، فلا ريب فى أولوية المواضعة حينئذ ، فلاحظ النصوص وتأمل ما ذكرناه تجده واضحا .

كما أنك تجد أوضح من ذلك ، ما أوامنا إليه سابقا من أنه على المختار من عدم توقف القبض على الكيل والوزن ، ينبغي جعل موضع الكراهة ، بيع المالم يكل أو يوزن وإن كان مقبوضاً ، بل الأولى تحرير محل النزاع كذلك : لما عرفت من الاختلاف فى تحقق القبض ، واحتمال عدم البأس كراهة وحرمة فى بيع الطعام فضلا عن غيره إذا كان قد قبضه بنقل أو وضع يد أو نحوهما وإن لم يكن قد كاله ووزنه - ينافية ظاهر النصوص ، ضرورة وضوحها فى أن المدار على عدم كيله ووزنه . نعم عتبر فى بعضها عن ذلك بعدم القبض لغلبة حصول الكيل والوزن معه ، واحتمال العكس ضعيف بالنسبة إلى ذلك فيها ، وإن كان يؤيده ظاهر تحرير محل النزاع فى كلام الأصحاب فلاحظ وتأمل . وكيف كان ، فالظاهر البطلان على القول بالحرمة ، كما عن العماني التصريح به ، وتبعه بعض المتأخرين ، لما تحقق فى الأصول من اقتضائه الفساد عرفا ، إذا تعلق بالمعاملة ، فمافى المختلف من أنه يأنم خاصة ، بناء على عدم اقتضاء النهى الفساد فى

المعاملة ، قد تبين ضعفه في الاصول . هذا كله إذا أراد بيع ما انتقل إليه بالبيع قبل قبضه :

﴿و﴾ أما ﴿لو ملك ما يريد يبعه بغير بيع ، كالميراث ، و الصداق للمرأة والخلع ، جاز وإن لم يقبضه﴾ بالاختلاف أجده ، بل ربما ظهر من بعضهم الاجماع عليه ، لعموم الأدلة وإطلاقها السالمين عن المعارض ، حتى لو كان انتقاله إلى المورث والمصدق والمختلعة يبيع لأقبض معه ، كما هو مقتضى إطلاق المتن وغيره وصريح بعض ، ضرورة ظهور أدلة المنع فيما لا واسطة بين الابتياح والبيع . وفي الفرض قد تخلل الارث و الإصداق وعوض الخلع بين الابتياح والبيع ، فماعتن بعضهم من تقييد الإطلاق بذلك في غير محله ،

وكذا لإشكال في جواز نقل ما ابتاعه ولم يقبضه بغير البيع حتى الصلح ، بناء على ما هو التحقيق من كونه عقداً مستقلاً ، للعموم والإطلاق السابقين (١) فالمنع حينئذ من الاجارة بناء على أنها ضرب من البيع ، فيه منع واضح ، ومن الكتابة لأنها بيع للعبد من نفسه ، وهو أوضح منعاً ، فصار المنع والكراهة فيما لم يقبض مشروطة بشرطين ، أحدهما - انتقاله إليه بالبيع ، والثاني - نقله بلا واسطة مبيع ، والظاهر إختصاص الحكم بالمبيع كما صرح به بعضهم ، دون ثمنه ، فيجوز نقله ببيع وغيره و إن لم يكن مقبوضاً ، إقتصاراً فيما خالف الأصل على المتيقن . والله أعلم . ومما ذكرنا يظهر لك .

أن المسألة ﴿الثانية﴾ التي ذكرها المصنف وغيره ، وهي أنه ﴿لو كان له على غيره طعام من سلم ، وعليه مثل ذلك ، فأمر غريمه أن يكتال لنفسه من الآخر﴾ ليست مما نحن فيه ، إذ هي إمّا حوالة أو وكالة ؛ وعلى كل حال ليست من بيع المبيع قبل قبضه فلا يأتي فيها البحث السابق فما ﴿ف﴾ في المتن وغيره - من أنه ﴿على ما قلناه﴾ في

المسألة السابقة ﴿ يكره ، وعلى ما قالوه ﴾ فيها ﴿ يحرم ﴾ معللاً ﴿ ١ ﴾ هـ
 بـ ﴿ أنه قبضه عوضاً عما له قبل أن يقبضه صاحبه ﴾ في غير محله ، كالتعليل الذي
 من الواضح عدم اقتضائه كونه يباع قبل قبضه ، إذ المعاوضة أعم من البيع ، ودعوى أن
 الحوالة قسم من البيع كما تری ، بل هي قسم مستقل برأسه ، ومن هنا قال في المحكى عن
 الخلاف : « يجوز الإحالة ، سواء كان الطعامان قرضين ، أو أحدهما قرضاً والآخر سلفاً
 بلا خلاف أو كانا سلمين عندنا ، لأن الأصل جوازه والمنع يحتاج إلى دليل » .
 ومن ذلك يعلم أن ما حكاه في المسالك عن الخلاف في غير محله ، نعم حكى ذلك
 عن المبسوط والقاضى وظاهر المتن وبعض ، موافقته على بناء هذه المسألة ، على المسألة
 السابقة ، بل نفى الخلاف عنه في المبسوط ؛ قال : « وإن كانا سلمين لا يجوز بلا خلاف
 لأن بيع السلم لا يجوز قبل القبض إجماعاً لالعله » لكن قد عرفت ما فيه ، على أنه قد
 روى المشايخ الثلاثة في الصحيح (١) في بعض الموقوف في آخر ، عن عبدالرحمان بن
 أبي عبدالله قال : « سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل عليه كره من طعام فاشترى كره من رجل
 آخر ، فقال للرجل : إنطلق فاستوف كرهك ، قال : لا بأس به » .

وكيف كان فقد ظهر لك أن بناء هذه المسألة على ما تقدم لا وجه له . وما عن الشهيد
 في بعض تحقیقاته - وأنه من لطائف الفقه ، وربما كان التعليل في المتن وغيره مومياً
 إليه - « من أن مورد السلم لما كان ماهية كلية ثابتة في الذمة ، منطبقة على أفراد
 لانهاية لها ، فأى فرد عينه المسلم إليه ، تشخص ذلك الفرد ، وانصب العقد عليه ، فكأنه
 لما قال له الغريم : إكتمل من غريمي فلان ، قد جعل عقد السلم معه . وardاً على ما في
 ذمة غريمه المستسلف منه ؛ ولما يقبضه بعد ، ولا ريب أنه مملوك له بالبيع ، فإذا جعل
 مورد السلم الذي هو بيع ، يكون بيعاً للطعام قبل قبضه فيتحقق الشرطان ، ويلحق
 بالبَاب - لو سلم فأينما هو في الفرد الذي يتشخص بالدفع والقبض ، أمّا الذى تشخص

بعقد الحوالة كما في المقام ، فقد يمنع صدق اسم المسلم عليه ، إذ هي عقد مستقل يحصل به ملك ما في الذمة ، ولا ينصب عقد السلم عليه ، و لو فرض موضوع البحث وكالة في القبض ، زال الإشكال من هذه الحيثية قطعاً .

نعم يبقى إشكال تولى الواحد طرفي القبض إذا أراد قبضه لنفسه ، بعد القبض عن موكله كما تسمعه في المسألة الآتية ، ولعل ما ذكرناه أولى مما في المسالك من مناقشة الشهيد « بأن مورد السلم ونظائره من الحقوق الثابتة في الذمة ، لما كان أمراً كلياً ، كان البيع المتحقق به هو الأمر الكلي ، وما يتعين لذلك من الأعيان الشخصية بالحوالة وغيرها ليس هو نفس المبيع ، وإن كان الأمر الكلي إنما يتحقق في ضمن الأفراد الخاصة ، فإنها ليست عينه ، ومن ثم لو ظهر المدفوع مستحقاً أو مبيعاً رجع الحق إلى الذمة ، والمبيع المعين ليس كذلك ، ونظير ذلك ما حققه الأصوليون من الأمر الكلي ليس أمراً بشيء من جزئياته الخاصة ، وإن كان لا يتحقق إلا بها ، و حينئذ فانصباب العقد على ما قبض وكونه حينئذ مبيعاً غير واضح ، فالقول بالتحريم عند القائل به في غيره غير متوجه ، نعم لا بأس حينئذ بالكرامة ، خروجاً من خلاف الشيخ وجماعة ، و نحرزاً مما هو مظنة التحريم » .

إذ فيه أن ما ذكره من ظهور الاستحقاق والعيب ، يقتضي الفرق بين المبيع المعين وغير المعين لأنه يقتضي كونه غير مبيع ، ولم يدع الشهيد ولا غيره ، أنه عين المبيع أولاً وبالذات ، بل صار بعد التعيين مبيعاً ، ولا ينبغي إنكار صدق وصف الكلي على الشخص المدفوع عنه في البيع والإجارة وغيرهما ، وقد صرح به الأصحاب في غير المقام ، كالإجارة والصرف ، والعرف شاهد عليه .

نعم قد يتوقف في نحو الدفع بالحوالة كما ذكرناه : والأمر سهل بعد أن كان الحكم الكرامة المتسامح فيها عندنا في أصل المسألة ، إذ ما نحن فيه إن لم يكن من البيع قبل القبض ، فهو شبهه كما عبر به في الدروس ثم على التحريم فلا ريب في البطلان كما

قلناه في المسألة السابقة ، وحينئذ لا يبرأ ذمته كل من المحوّل والمحوّل عليه بقبض المحتال ، وما عن التذكرة - من أن براءة ذمة الدافع ، أصح الوجهين ضعيف ، ضرورة كون الدفع والقبض بعنوان صحة العقد ، والفرض فساد ، نعم هو صحيح على المختار وتبرأ ذمة كل منهما .

﴿ وكذا ﴾ يصح الشراء قطعاً ﴿ لو دفع إليه مالا ، وقال : إشتريه طعاماً ﴾ لي ﴿ فإن قال : إقبضه لي ثم أقبضه لنفسك صح ﴾ الشراء ﴿ والقبض عن الموكل قطعاً ، بل عن غاية المرام نفى الخلاف فيه ﴾ دون القبض ﴿ له عند الشيخ والقاضي فيما حكي عنهما ﴾ لا أنه لا يجوز أن يتوآى ﴿ الواحد ﴾ طرفي القبض ﴿ ولأن الحلبي (١) سأل الصادق عليه السلام في الصحيح « عن رجل أسلفته دراهم في طعام فلما حلّ طعامي عليه ، بعث إليّ بدراهم ، فقال اشتر لنفسك طعاماً واستوف حقاك ؟ فقال : أرى أن يولى ذلك غيرك ، وتقوم معه حتى تقبض الذي لك ، ولا تقول أنت شرائه » وسأله أيضاً عبد الرحمان البصري (٢) في المرسل « عن الرجل أسلف دراهم في طعام ، فحلّ الذي له ، فأرسل إليه بدراهم ، فقال اشتر طعاماً واستوف حقاك هل ترى به بأساً ؟ قال : يكون معه غيره يوفيه ذلك » .

ومن هنا قال المصنف كظاهر غيره ﴿ وفيه تردد ﴾ لكن لا ريب أن الأقوى الجواز للأصل ؛ فيكفي المغايرة الاعتبارية في القابض والمقبوض منه ، كما تقدم في تولي طرفي العقد ، ولأن يعقوب بن شعيب (٣) سأل الصادق عليه السلام في الصحيح « عن الرجل يكون له على الآخر أحمال من رطب وتمر فبعث إليه بدنانير فيقول : اشتر بهذه واستوف منه الذي لك ؟ فقال : لا بأس إذا ائتمنه » .

ومنه يعلم أن المراد بالخبرين الأولين الإرشاد إلى رفع التهمة ، ومن هنا جزم

(٢١) الوسائل الباب ١٢ من أبواب السلف الحديث ٢-١

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٤٢ الحديث ١٨٠ الطبع الحديث

الفاضل في بعض كتبه والشهيد ان والمحقق الثاني بصحة القبض له ، على أن إقباضه لا يزيد على إذنه وقد حصلت ، فهو كمالو أذن لغريمه في قبض مال مخصوص له ، عوضاً عما له عليه .

بل الظاهر الصحة أيضاً لو دفع له دراهم ، وقال : اشتر لي بها طعاماً ، ثم أقبضه لنفسك ، وإن لم يقل إقبضه لي ثم أقبضه لنفسك . بل صحيح شعيب (١) أدل على صحة ذلك من الأول ، ولا يحتاج إلى أن يقبض أولاً بنية أنه لذي الدراهم ، ثم يقبض بعد ذلك بل يكفي قبضه لما اشتراه إذا كان مشخصاً بنية أنه وفاء عماله في ذمته ، وأقصاه أنه يكون إستيفاء مما لم يقبضه باذنه ، بل لو كان ما اشتراه كلياً ، يمكن الاكتفاء بقبض الغريم عوضاً عما له في ذمته ، عن القبض أولاً بعنوان أنه لذي الدراهم ، وإطلاق الخبر المزبور شاهد عليه ، ولو دفع إليه دراهم وقال : خذها بدل الطعام جاز ، لأنه إستيفاء من غير جنس ؛ بل لو قلنا أنه يبيع للطعام على من هو عليه قبل قبضه جازاً أيضاً بناءً على المختار من كراهة ذلك ، لكن عن المبسوط أنه لم يجز لأنه يبيع المسلم فيه قبل قبضه ، وهو غير جائز ، وفيه أن الدفع بدله أعم من البيع ولو سلم فقد عرفت التحقيق .

﴿ولو﴾ دفع إليه دراهم و ﴿قال : اشتر لنفسك لم يصح الشراء و﴾ حينئذ ف ﴿لا يتعين له بالقبض﴾ بخلاف أجده فيه ، لامتناع الشراء بمال الغير لغيره مادام على ملك الغير ولو باذنه ، إقتصاراً على المتيقن من إطلاق أدلة البيع ، فيبقى أصالة عدم النقل بحالها ، إلا أن الانصاف عدم خلو ذلك عن البحث إن لم يكن إجماعاً ، و لو علم بقرينة إرادة قرض الدراهم من ذلك ، أو القضاء لما عليه من الطعام بجنس الدراهم أو الاستيفاء بعد الشراء والقبض له ، ويكون التعبير المزبور باعتبار ما يؤول إليه ، أولاً أنه السبب في هذا الشراء - خرج عن موضوع البحث . والله أعلم .

(١) الوسائل الباب ١٢ من أبواب السلف لكن عن الحلبي في ذيل حديث الأول .

مطلقاً ، مع عدم الحضور أولاً ، ومنع حجتيه - بحيث يعارض الأصل - ثانياً ، ودعوى - أنه به يكون البايع منكرًا ، بناءً على أنه ما وافق الظاهر ، فيقدم حينئذ يمينه يدفعها - مضافاً إلى ما عرفت - منع تسليم كون المنكر ذلك ، بل القول بأنه ما وافق قوله الأصل أقوى منه .

نعم لو فرض قرائن تشهد بكذب المدعي على وجه يحصل العلم للحاكم ؛ لم تسمع دعواه لذلك ، كما لو ادعى قبض حقه بعنوان أنها وزنة وكان من أهل الخبرة هذا . ولكن قد يقال : إن الأقوى منهما إكمال المدعي والمنكر إلى العرف ، ولعل صدقه على ما لو ترك ، لترك أتم ، ولا ريب في أن المشتري هنا يصدق عليه ذلك ، فيكون مدعياً وعليه البينة ، وعلى البايع اليمين ، وقد يؤيده أصالة الصحة في دفع المسلم وقبضه ، إذا فرض أنه قبض على أنه تمام الحق ، وصحة كل شيء بحسبه ، ونحو ذلك بل أظهر منه ، لو ادعى المشتري عيب المقبوض .

ولذا حكى عن التذكرة أنه فصل فقال : «يقدم قول مدعي التمام ، إن اقتضى النقص بطلان العقد ، كالصرف بعد التفريق والتسلم ، وإلا فمدعي النقص» واحتمله في الدروس و لعله لا اندراج الأول في مدعي الصحة والفساد ، بخلاف الثاني وإن كان قد يناقش بمنع كون الأول كذلك ، بعد فرض عدم اعترافه بما يقتضي الحكم عليه بالصحة ، كما لو قال : قبضته باخبار البايع أنه تام ، والفرض تسليم البايع ذلك ، فإن مجرد ذلك لا يقتضي الحكم عليه بصحة العقد المشتراط فيه التقابض الذي مقتضى الأصل عدم حصوله ، وإن كان قد وقع العقد بمعنى الإيجاب والقبول ، إن ذلك بمجرده لا يقتضي حصول الشرط المتأخر ، كما هو واضح ، خصوصاً بعدما لاحظت نظائره مما يشترط في صحته القبض كالرهن والهبة ونحوهما ، ولعله لذا أطلق الأصحاب الحكم في المقام .

ولكن يرد عليه ما ذكرناه ، ويمكن دفعه بعدم قبضه بعنوان الإذعان بالتامة ، على وجه يكون كالاعتراف ، بل المفروض أنه قبضه على إخبار البايع مثلاً ،

ج ٢٣ في أنه إذا ادعى المشتري نقصان المبيع وقد حضر الكيل أو الوزن فالقول قول البايع - ١٧٧ -

ولعلّ فرق الاصحاب بين الحضور وعدمه لذلك ، على معنى ، أن الحاضر منفصل بعنوان وصول تمام حقه إليه ، على وجه يكون كالمعترف فعلا ، بخلاف غير الحاضر ولذا كان القول قول البايع مع الحضور والمشتري مع عدمه ، ولعلّ هذا تحقيق المسألة إن لم يكن إجماعاً على غيره .

وكيف كان فمما ذكرنا ينقدح الوجه فيما ذكره غير واحد ، بل هو المشهور ، بل عن التذكرة نسبته إلى علمائنا ، بل في الرياض نفى الخلاف ، ﴿و﴾ أنه هو الحجة من أنه ﴿إن كان﴾ المشتري قد ﴿حضر﴾ الكيل والوزن ﴿فالقول قول البايع مع يمينه ، والبيّنة على المشتري﴾ خصوصاً مع اعتضاد قول البايع هنا بظهور الحضور ، في تمامية المقبوض ، واحتمال السهو والغلط ونحوهما لا ينافي الظهور المزبور ، بل قبضه مع حضوره ، بمنزلة اعترافه بتمامية الفعل ، فلا يسمع منه دعوى النقصان من دون ذكر وجه معتدبه لما وقع منه ، نحو ما إذا وقع الاعتراف منه بذلك ، والاصل براءة ذمة البايع بعد حصول ذلك منه ، فيتفق حينئذ الاصل والظاهر ، والترك لو ترك في المقام ، ولا فرق في ذلك بين دعوى كثرة النقصان وقلته .

ولكن في التحريرو إن حضر فالقول قول البايع إن ادعى نقصاناً كثيراً ، والوجه قبول قوله في قليل يمكن وقوعه في الكيل ، وكأنه لحظ عدم الظهور في الأخير ، بخلاف الاول ، وفيه منع ؛ مع أن العمدة ما عرفت ، ومنه يعلم أنه لا وجه لتوقف بعضهم في الحكم المزبور ، وأنه لا دليل على اعتبار الظهور ورجحانه على الاصل أولاً ، ومنع الظهور ثانياً ، لاحتمال الغلط والسهو وغيرهما ، فإن لم ينقذ إجماع كان الوجه تقديم قول المشتري على كل حال ؛ إذ قد عرفت أن الوجه ما ذكرناه ، ولا يرد مثله في الاول ، لأن المفروض عدم حضوره ، بل كان قبضه مبنيّاً على إخبار البايع ، بل لو اعترف كان المراد من اعترافه البناء على ظاهر الإخبار . هذا كله إذا أبرز الدعوى بما ذكرنا .

أما لو ادعى المشتري عدم قبض جميع حقه كان القول قوله وإن كان حاضراً ،

للأصل السالم عن معارضة غيره ؛ وحضوره أعم من قبض جميع حقه كما هو واضح ، و هذه من الحيل التي يترتب عليها الحكم الشرعي الذي هو مبني على القواعد الظاهرة ، والظاهر إتحاد الحكم المزبور في المعداد ؛ و لو مزروعاً كالمكيل والموزون وان اقتصر بعضهم على الثاني ؛ و حضور الوكيل كحضور الموكل في وجهه ، وكذا حضور الكيل لغيره ، خصوصاً إذا كان هوالمباشر له ، وإن كان ظاهر بعض العبارات حضور الكيل للنفس ، والمدار في الظاهر الذي يترتب عليه الحكم هو ما كان متحققاً في غالب الأفراد ، لاما اتفق باعتبار فرد خاص قد انضمت إليه بعض القرائن الحالية أو المقالية . فتأمل جيداً . والله أعلم .

المسألة (الخامسة : إذا أسلفه في طعام بالعراق ﴿﴾ مثلاً وقلنا بانصراف إطلاق العقد إلى بلده ﴿﴾ ثم طالبه بالمدينة ﴿﴾ مثلاً ﴿﴾ لم يجب عليه دفعه ﴿﴾ بالاخلاف أجده فيه ، للأصل ، و كون الانصراف كالشرط الذي قد جعل الله المؤمن عنده (١) من غير فرق بين تساوى القيمة وتفاوتها ، كما أنه لو دفعه إليه لم يجب على ذى الحق قبوله لذلك أيضاً نعم لو تراخيا عليه لا بأس بقطعاً ﴿﴾ و ﴿﴾ أمّا ﴿﴾ لو طالبه بقيمته قيل ﴿﴾ والقائل الشيخ وجماعة ﴿﴾ لم يجزلاً ﴿﴾ ن دفعها عوضاً ﴿﴾ منه ﴿﴾ من ﴿﴾ بيع الطعام على من هو عليه قبل قبضه ﴿﴾ وقد عرفت أن مذهبهم فيه الحرمة ، بل البطلان ﴿﴾ و ﴿﴾ فيه أولاً أن المتبج ﴿﴾ على ما قلناه ﴿﴾ نحن هناك أنه ﴿﴾ يصكره ﴿﴾ هنا ، وثانياً يمنع كون ذلك منه ، إنه وفاء للمحق بغير جنسه ، لا يبيع ، وأقصى ما يسلم أنه معاوضة أعم من البيع ، على أن ابن فضال (٢) قد كتب إلى أبي الحسن عليه السلام « في الرجل يسلفني في الطعام ، يجيء الوقت وليس عندي طعام ، أعطيه بقيمته دراهم ؟ قال : نعم » وأرسل ابن أبان (٣) عن بعض أصحابنا « عن الصادق عليه السلام في الرجل يسلف الدراهم في الطعام إلى أجل ، فيحلّ

(١) الوسائل الباب ٢٠ من أبواب المهور الحديث ٤

(٢) الوسائل الباب ١١ من أبواب السلف الحديث ٨

(٣) الوسائل الباب ١١ من أبواب السلف الحديث ٥ ن عن ابن بن عثمان مع اختلاف يسير

ج ٢٣ (في جواز المطالبة بالقيمة إذا السلفه في طعام ولم يكن عنده حين الاجل) - ١٧٩-

الطعام ، فيقول : ليس عندي طعام ، ولكن انظر ما قيمته فخذمني ؟ قال : لا بأس بذلك .
ولا ينافيهما صحيح العيص بن القاسم (١) سأل الصادق عليه السلام « عن رجل أسلف رجلاً دراهم بحنطة ، حتى إذا حضر الأجل لم يكن عنده طعام ، ووجد عنده دواياو رقيقا ومتاعاً يحل له أن يأخذ من عروضه تلك بطعامه ؟ قال : نعم يسمى كذا وكذا ، بكذا وكذا صاعاً » إذا المراد منه أنه حيث كانت القيمة عروضاً ، لا دراهم ؛ فلا بد من تخصيصها في مقابلة الطلب الذي له ، ليحصل بذلك استيفاء حقه ، فلا ينبغي التوقف حينئذ في الجواز مع التراضي .

إنما البحث في أن له حينئذ جبره على القيمة في بلد السلم ؟ المشهور ثقلاً لعدم الأصل ، ولأن القيمة فرع استحقاق ذمتها . لأنهم لم يجز عليها عقد ، ولأن دليل على استحقاقها ، وعن التذكرة أن له ذلك لأن الطعام الذي يلزم دفعه معدوم ، فكان كما لو عدم الطعام في بلد يلزمه التسليم فيه ، وفيه منع ظاهر ، ولأن الطعام قد حل ، والتقصير من المسلم إليه ، حيث أنه لم يحضره في مكان التسليم عند الحلول ، ولأن مانع من التسليم إلا كونه ليس في مكان التسليم الذي هو حق عليه ، فإذا أسقطنا حق المسلم من المطالبة بالطعام ، إرتفاقاً بحال المسلم إليه ، إنتقل حق المسلم له إلى القيمة في مكان التسليم ، جمعاً بين الحقيقين ، وفيه أن الحلول أعم من ذلك ، والتقصير مع إمكان فرض عدمه ، هو أعم منه أيضاً ولأن تعارض بين الحقيقين ، حتى يجمع بينهما بذلك ؛ على أن الله قد جمع بينهما « بأن المؤمنين عند شروطهم » (٢) قال : « ولأن فيه من الضرر ما لا يخفى إن لم يكن له ذلك ، إذ ربما لا يريد العود إلى بلد السلف وربما احتاج في عوده إلى أضعاف السلم ، وربما كان المسلم إليه لا يوثق بعوده إليه و الظفر به هناك ، بل ربما يكون هرب من السلف ، فيكون منعه من مطالبته مفضياً إلى

(١) الوسائل الباب ١١ من أبواب السلف الحديث ٦

(٢) الوسائل الباب ٢٠ من أبواب المهود الحديث ٢

ذهاب حقه أبداً ، وطريقاً إلى مدافعة الغريم عن الحق الحال عليه» وفيه أن الضرر لا يدفع بالضرر؛ على أنه يمكن فرضه خالياً عن ذلك كله ، ولا نقول أنه ليس له مطالبته أصلاً ، بل له المطالبة في المدينة بالزامه بالتأدية في العراق ، والاحتمالات المزبورة بعد أن كانت إتفاقية الحصول ، إتجه الرجوع فيها بعد ثبوتها إلى الحاكم ليلزمه بوجه تخلوعه .

ومن ذلك يعلم ما في جامع المقاصد من أن التحقيق أن يقال : له المطالبة بالطعام مع المساوات لبلد السلم أو النقصان ، والأقله المطالبة بقيمة بلد السلم ، لتعذر المثل ، بل قال: ولو أتاه برهن أو ضمين وتنبأ للمسير معه مع أول رفقة ، فالظاهر عدم وجوب الصبر ، لما فيه من الضرر وتأخير الدين الحال ، إذ لا يخفى أن المساواة أو النقصان ، لا تسوغ له المطالبة في غير البلد الذي انصرف إليه العقد الذي بمنزلة الشرط ، على أن المسلم إليه قد يكون تحصيل عين الحق في تلك البلد سهلاً عليه ، بخلاف غيره ، كما أن حلول الدين لا تسوغ خلاف الشرط ، والفرض انصراف العقد إلى البلد المخصوص ، بل لو قلنا أنه يجب عليه في ذلك اليوم التسليم في العراق ، وهو متعذر فالمتجه فيه السقوط ، لقبح التكليف بما لا يطاق ، ومنع خطاب الوضع وهو ثبوت لأنه ينتقل إلى القيمة قياساً على تقدير المسلم فيه في بلد السلم ، بعد بطلان القياس عندنا ، والله أعلم .

﴿ولو﴾ فرض أنه ﴿كان﴾ ما في الذمة من الطعام مثلاً ﴿قرضاً﴾ في العراق لاسلماً ﴿جاز أخذ العوض﴾ أي القيمة ﴿بسر العراق﴾ قولاً واحداً ، لعدم كونه يباع لما اشتراه قبل القبض . إنما الكلام في أن له المطالبة بالمثل ؛ لاظهر عدم ، وفاقاً للفاضل وثاني الشهيدين ، للأصل بعد انصراف عقد القرض إلى بلده فليس له المطالبة بالأداء في غيره ، كما أنه لو دفع إليه فيه ، لم يجب قبوله ، فإذا لم يكن له ذلك ، لم يكن له

المطالبة بالقيمة التي لم يجز عليها عقد ، ولادليل عليها ، خلافاً للتحريرو والتذكرة ومحكي المبسوط والقاضي وغاية المرام ، بل ربما لاح من الاخير عدم الخلاف فيه ، فيجبر على دفع قيمة العراق ولم نعرف له وجهها ، سوى ما سمعته في السلم و سمعت بطلانه ، وللمختلف فيجب دفع المثل بالمطالبة ، فان تعذر فالقيمة بسعر العراق ، و كأنه مبني على منع الانصراف المزبور ، كما مال إليه في الحدائق ، إلا أن المتجه حينئذ القيمة في ذلك الوقت.

وعلى كل حال فضعه واضح ، وخبر سماعة (١) «سأل أبا عبد الله عليه السلام عن رجل لى عليه مال فغاب عني ، فرأيتُه يطوف حول الكعبة ، فأقاضاه ؟ فقال له لا تسلم عليه ولا ترعه حتى يخرج من الحرم» مع أنه لم يعلم كونه قرضاً أو غيره ، إنما هو مساق لبيان حرمة الحرم ، على أن له المطالبة في غير ذلك المكان ، بالتأدية في بلد القرض ، وربما كان هارباً منه . فتأمل .

﴿ وإن كان ﴾ الطعام ﴿ غصباً ﴾ وقد تلف فعن المبسوط والقاضي أنه ﴿ لم يجب ﴾ عليه ﴿ دفع المثل ﴾ لو طالبه به في غير بلد الغصب ﴿ و ﴾ إن لم يكن فيه مانع السلم ﴿ جاز ﴾ له ﴿ دفع القيمة بسعر العراق ﴾ مثلاً لا القيمة وقت الاعواز ، بل يجبر عليها مع المطالبة ﴿ و ﴾ فيه أن ﴿ الاشبه ﴾ بعموم « من تلف » (٢) و « على اليد » (٣) وغيرهما ، ﴿ جواز مطالبة الغاصب بالمثل حيث كان ﴾ إن تعذر فليطالبه ﴿ بالقيمة الحاضرة عند الاعواز ﴾ لانه وقت الانتقال إليها ، فما في المختلف - من أنه يجبر على دفع المثل فان تعذر فقيمة بلد الغصب ، نحو ما سمعته عن المبسوط في القيمة ، لانه غصبه هناك ،

(١) الوسائل - الباب ٢٦ من ابواب الدين الحديث ١

(٢) قاعدة مستفادة من مضامين الاخبار ومن اراد الاطلاع على مداركها فليراجع القواعد

الفقهية ج ٢ للسيد البجنوردى.

(٣) سنن البيهقي ج ٦ ص ٩٠ وكنز العمال ج ٥ ص ٢٥٧

فاذا تعذر المثل وجب عليه قيمته فيه - كما ترى.

المسألة السادسة : لو اشترى عينا بعين ، وقبض أحدهما ثم باع ما قبضه وتلفت العين الأخرى في بدبايعها * بعد البيع الثاني * بطل البيع الأول * من حينه ، لحصول التلف قبل القبض * ولا سبيل إلى إعادة ما بيع ثانيا * لوقوعه مصادفا للملك ضرورة كون الفسخ بالتلف من حينه * بل يلزم البائع قيمته لصاحبه * إن كان قيميا ، كما لو كان تالفا ، بل الظاهر عدم وجوب فسخ البيع الثاني عليه لو كان له خيار مثلا ، مع احتماله كالهبة قبل التصرف ، وعلى الأول ، فلو فسخ بعد دفع القيمة أو قبلها ، ففي وجوب دفع العين عليه وجه قوي ، لانه وإن كان للفسخ مدخل في الملك من حينه ، إلا أن المملك الأول له قد انفسخ ، ففسخ العقد الثاني يرجعه على مقتضى العقد الأول الذي فرضنا إنفساخه ، فيعود الملك إلى مالكه الأول بمجرد فسخ العقد .

نعم لو كان انتقاله إليه بعقد جديد كهبه ونحوها ، إتجه عدم وجوب دفع العين عليه ، و يحتمل عدم الوجوب خصوصا لو كان قد دفع القيمة التي هي بمنزلة العوض عنه ، بل وإن لم يدفعها ، بناء على أن دخوله في الملك بالفسخ بمنزلة الملك الجديد . فتأمل جيدا وكيف كان فهل المعتمد قيمته يوم البيع ، أو يوم تلف العين الأخرى ؟ يحتمل الأول ، لانه دقت تعذر المثل ، والثاني لان القيمة حينئذ لم تكن لازمة للبائع ، وإنما لزمت بتلف العين الأخرى ، الموجب لبطلان العين ، وهو الاجود ، ولو جهل تاريخ كل من البيع الثاني ، والتلف ، إتجه البطلان ، بناء على أن مقتضى تعارض الأصلين الاقتران الذي لا ريب في البطلان مع تحققه ، وأما إن اقلنا بعدم الاقتران ، وأن الأصل يقتضي عدمه أيضا ، فيمكن الصحة تمسكا بأصالتها الناشئة من إطلاقات البيع وعموماته فتأمل . والله أعلم

﴿النظر الرابع: فى اختلاف المتبايعين﴾

لكن ينبغى أن يعلم أولاً أنه ﴿إذا عين المتبايعان نقداً﴾ مخصوصاً أو عروضاً كذلك ﴿وجب﴾ الوفاء بما عيناه فى العقد ﴿وإن أطلقا﴾ النقـد مثلاً ، وكانا من أهل بلاد واحدة ﴿انصرف إلى نقد البلد﴾ فـ ﴿إن﴾ لم يكن فيه إلا نقد واحد أو ﴿كان فيه نقد غالب﴾ صح قطعاً ، إذا وقع العقد فى بلدهما المنصرف فيه إليه ، ضرورة كون الانصراف من التعيين ، بل وإن كانا فى غيره ، ترجيحاً لعرف المخاطبين على مكان الخطاب ، ولو انضم عرف بلد العقد إلى أحدهما دون الآخر ، أمكن ترجيحه عليه ، سيما إذا كان البائع الذى يمكنه ترجيح عرفه على المشتري إذا وقع العقد فى محل لا يعضد أحدهما ، لأن ابتداء الخطاب منه والمشتري قابل للمراد من خطابه على الظاهر واحتمال الخروج عن عرفهما معاً ، لاختلافه ، والرجوع إلى بلد العقد إذا فرض فيه نقد غالب - ضعيف - وقد تحقق فى الأصول فى بحث تقديم عرف المخاطب على المتكلم أو العكس ، ما يشهد للمقام فى الجملة ، وإن كان يمكن الفرق بينهما ، ولذا كان الأولى التعيين فى المقام المقصود منه ذكر ما يرتفع به النزاع والشقاق فى جميع صور الاختلاف المزبورة ، ولا ينبغى الاعتماد على مطلق الظن فيه .

﴿و﴾ كيف كان فـ ﴿إ﴾ ن ﴿لا﴾ يحصل تعيين ولا غلبة ونحوهما مما يكفى ، فيه ﴿كان البيع باطلا﴾ للجحالة إلا إذا علم كل منهما قصد الاخترافه يكفى ؛ إذا احتمال الذكر تعبداً لقطع النزاع ضعيف ، وأضعف منه ما عن الاردبيلي من احتمال الصحة إذا تساوت النقود ، إن لم يكن خلاف الإجماع ، مع أنه لم نجده لغيره ، وخلاف علم الهدى والشيخ فيما حكى عنهما فى المشاهدة وكفايتها مقام آخر ، كالمحكي

عن أبي علي من تجويزه البيع بسعر ما باع ، ودعوى الملازمة يمكن منعها ، فانهصر التامل فيه ، مع احتمال أن يريد ما يحكى عن بعضهم من صحة البيع إذا تعددت النقود ، وتساوت في القدر والقيمة والمالية ، وإن اختلفت الأفراد بحسب الرغبة ، فإن القول به حينئذ لا يخلو من قوة إن لم يؤد التفاوت إلى الغرر والجهالة والنزاع والمشاجرة ، و لم يعلق البيع بالمشترك اللفظي . مريدا به مفهوم أحدهما على جهة التردد لعدم معقولة الملك على هذا الوجه ، و من ذلك كله يعلم الحال في الذرع والكيل ﴿ وكذا الوزن ﴾ ولو تعارف ذرع غير بلد العقد فيها ، أو وزنها ، أو كيلها لمبيع خاص ، إنصرف إليه فيها من العالم بالحال ، وإلا بطل العقد مع اختلاف القصد ، و يقدم قوله في الجهل بذلك ، إذا لم يكن هناك ظاهر ينفيه ، وإلا تعارض الأصل والظاهر .

﴿ و ﴾ كيف كان ؟ ﴿ إن اختلفا ﴾ أي المتبايعان ﴿ فهيهنا مسائل : الأولى : إذا اختلفا في قدر الثمن ﴾ سواء كان في الذمة ، أو معيناً في وجه تسمعه إنشاء الله تعالى ، ﴿ و ﴾ ادعى البائع زيادته ، والمشتري عدمها ، كان ﴿ القول : قول البائع مع يمينه إن كان المبيع باقياً ، وقول المشتري مع يمينه إذا كان تالفاً ﴾ على المشهور بين الأصحاب شهرة عظيمة بل عن ظاهر الغنية وكشف الرموز الإجماع عليه ، بل هو صريح محكي الخلاف ، و آخر مبحث الشرائط من السرائر ، و إن أنكره في موضع آخر منها غاية الإنكار ، لكن عن كشف الرموز أن المناقضة منه ليس ببدع ، ويدل عليه مضافاً إلى ذلك ، مرسل البزنطي (١) الذي رواه المشايخ الثلاثة عن أبي عبد الله عليه السلام ﴿ في الرجل يبيع الشيء فيقول المشتري : هو بكذا وكذا ، بأقل مما قاله البائع ، القول قول البائع إذا كان الشيء قائماً بعينه ، مع يمينه ﴾ المنجبر بما سمعت ، بل عن إيضاح النافع أن الرواية مقبولة عند أهل الحديث .

وعن الكفاية أنها مشهورة و متكررة في الكتب معمول بها بين الأصحاب ، مع

ج ٢٣) في انه لو اختلفا في قدر الثمن فالقول قول البايع ان كان المبيع باقياً) - ١٨٥ -

ما عن عدة الشيخ من أن البزنطى لا يروي إلا عن ثقة ، وكشف الرموز أن الاصحاب عملوا بمراسيل البزنطى ، والرواية مقبولة عند أهل الحديث ، فلانما مناص عن العمل بها منطوقاً ومفهوماً ؛ خصوصاً بعد تأيدها في الجملة ، بإطلاق الصحيح (١) « فإن اختلفا فالقول قول رب السلعة أو يتنازعا » الظاهر في بقاء العين أيضاً ، والنبوى (٢) « إذا اختلف المتبايعان فالقول قول البايع ، والمبتاع بالخيار » و بما أرسله في الخلاف من أخبار الفرق ، و المناقشة في مفهومه - بأنه أعم من كون القول قول المشتري مع التلف ، لا يمكن التحالف - يدفعها بعد أن كان دعوى أنه خلاف المنساق الإجماع المركب إن لم نقل انه مقتضى الأصل ، وإلا كنا في غنية عن المفهوم كما أنا في غنية بما عرفت من الخبر المنجبر بالعمل ، عن تكلف جريان ذلك على القواعد بوجوه تصلح مؤيدة للدليل لادليلاً ، لوضوح عدم تماميتها ، كما لا يخفى على من لاحظها .

ومن ذلك ظهرك أن ما عن الإسكافي - من تقديم قول البايع إن كانت في يده لكن للمشتري الخيار ، وقول المشتري إن كان العكس ، أو أحدث بها حدثاً إذ هو يؤيد أيضاً ، وربما حكى عن أبي الصلاح وإن كنا لم نتحققه ، بل لعل المحقق خلافه - في غاية الضعف لما عرفت على أنه مع قطع النظر عنه غير موافق لمضوابط ، وإن احتجوا له ، بأنه إذا كان في يد البايع ، فالمشتري يريد انتزاعه من يده ، فالقول قوله ، بخلاف حاله لو كان في يد المشتري ، فإن البايع حينئذ يدعى زيادة على ما أقربه المشتري ، والأصل عدمها ، لكنه كما ترى ، ضرورة عدم أثر ليد البايع بعد اعترافه بأنها بأمانة ، والمشتري بعد اعترافه بأنها مبنية على يد البايع ، وكذا ما عن بعضهم - من أن القول قول المشتري بيمينه ، لانه منكر للزيادة المدعاة بعد اعتراف البايع بأن العين ملكه ، فهو كمن ادعى عليه بمائة مثلاً فاعترف بخمسين ، إلا أنه لم تعرف قائله ، قبل الفاضل

١ - الوسائل الباب ١١ - من ابواب احكام العقود الحديث ١ - ٢

٢ - سنن البيهقي ج ٥ ص ٣٢٢

في المختلف ، بل في المسالك « لم يذكره أحد من أصحابنا في كتب الخلاف ، وذكره العلامة في القواعد احتمالا ، وحناء في التذكرة عن بعض العامة وقواد ، لكن الذي يظهر أنه أقوى الأقوال إن لم يتعين ، العمل بالأول نظراً إلى الخبر والاجتماع ، غير أن فيهما ما قد عرفت » قلت : بل إليه يرجع ما في المختلف وإن أطال فيه إلا أنه لا يخفى عليك ضعفه في خصوص المقام لما سمعت .

نعم لا بأس به في غيره لو أبرزت الدعوى باشتغال الذمة بالزائد وإنكاره ، أما لو أبرزت في تشخيص سبب الشغل بحيث يكون الاستحقاق تبعياً ، فقد يمنع تقديم قول المشتري فيه ضرورة كون كل منهما مدعياً ومنكراً ، ففي المقام مثلاً يدعي البائع أن ما وقع ثمناً في عقد البيع المخصوص بمائة والمشتري خمسون ، فنزاعهما في تشخيص العقد المشخص في الواقع ، ولا ريب في كون كل منهما مدعياً فيه ومنكراً ، ولعلّه لذا احتل التحالف الفاضل في كثير من كتبه ، بل عن ولده أنه صححه ، والشهيد الأول اختاره في قواعده ، وإن نسبته في دروسه إلى النادرة .

بل مال إليه هنا في جامع المقاصد قال ما حاصله : إن البائع لما لم يكن إقراره بالملك مطلقاً ، بل كان على وجه إن ثبت ، ثبت به الثمن المخصوص ، كان منكراً لما يدعيه المشتري أيضاً ، ومدعياً عليه ثمناً مخصوصاً بإقتضاه عقد آخر ، والمشتري ينكره ويدعي عليه ثمناً مخصوصاً بإقتضاه عقد آخر ، فلا قدر مشترك بينهما محقق قد انفقاً عليه ، كى تتوجه الدعوى حينئذ إلى الزائد عليه وينتفى التحالف الذي ضابطه تنافى الدعويين ، وجمع الدعويين ؛ وإثبات ما اتفقا عليه وأقربه المشتري للبائع ، فيبقى الزائد الذي ينكره المشتري فيقدم قوله يمينه - لا وجه له ؛ بعدما عرفت من تشخيص كل من الدعويين بما ينافي الأخرى ، وصيرورتهما بمنزلة دعوى كل منهما عقداً تنافى ، الآخر التي لا ريب في التحالف فيها ، كما لو قال المالك : آجر لك العين ، فأنكر الآخر ، ولا وجه لا احتمال كون القول قول منكر دخول ملك العين لا اتفاقاً على ملك السنفة ، فيكون النزاع في الزائد ، فالقول قول منكره كما لا يخفى ،

ومن ذلك يعلم أن الوجه التحالف فيما لو قال : وهبتي ، فقال : بل بعته بألف ، كما جزم به في التذكرة ، وإن كان في القواعد احتمله وتقديم قول مدعى الهبة مع اليمين ، وفي جامع المقاصد لا ريب في أرجحية التحالف ، إلا أن المتجه طرده في جميع المسائل أي التي منها ما في .

المسألة (الثانية) : وهي ما لو اختلفا في تأخير الثمن وتعجيله ، أو في قدر الاجل ، أو في اشتراطه الر عن من البائع على الدرك أو ضمن عنه فان الجميع متحدة في المدرك إلا أن المصنف وغيره حكموا ﴿ ف ﴾ ﴿ فيها بأن ﴾ القول قول البائع مع يمينه ﴿ وقد عرفت اختلاف إبراز الدعوى ، فقد تبرز على وجه التحالف ، أو إنكار البائع أو المشتري ، فتأمل جيدا .

بل قد يقال : إن القول قول مدعى الأقل على أي حال أبرزت الدعوى ، إذا كان المراد اشتغال الذمة بالأكثر ، ضرورة أن أقصاه الاختلاف في السببين ، أي السبب الموجب للأقل ، والسبب الموجب للأكثر ، ولا ريب في موافقة الأصل للأول ، فيكون هو المنكر ومن هنا أفتى به الأصحاب من غير خلاف يعتد به في سائر المقامات ، حتى في الجنائيات الموجبة للمال ، لو وقع النزاع في السبب الموجب للأقل منها أو الأكثر فلا حظ وتأمل فإن ذلك هو التحقيق في المسألة ، بل هو الذي يوافق صدق المدعى فيها عرفا .

وكيف كان فمحل البحث وثمرته في أصل المسألة إنما هو إذا لم يفسخ العقد ضرورة ، أنه معه - بإقالة أو فسخ بأحد وجوهه أو تلف قبل القبض - لا يظهر للنزاع ثمرة إن لم يكن البائع قبض الثمن ، بل وإن كان قد قبضه إذ هو حينئذ كالدين في ذمته أو الأمانة عنده ، فيقدم قوله في قدره فيه بلا خلاف أجده هنا ، وإن كان يمكن فرض صورة للنزاع بحيث تاتي الوجوه السابقة أو بعضها ، إلا أنها خارجة عن البحث ، كخروج فرض النزاع في تعيين الثمن أنه العبد أو العارية عنه أيضاً ضرورة تعيين التحالف فيه ، بل لفظ القدر ونحوه في النص (١) والفتوى ظاهر في خلافه ، ومن هنا خص بعضهم

محل البحث بما إذا كان في الذمة، وإن كان قد يناقش فيه بأعمية ذلك من المطلوب، إذ يمكن فرضه في الذمة مع وقوع الاختلاف في تعيينه، بحيث يتعين التحالف فيه، وبأنه يمكن فرضه في المعين أيضاً مع فرض الاختلاف في القدر، كما لو قال بعثك بهذين الدينارين أو الثوبين مثلاً، فقال: بل لأحدهما معينا، فإن الحكم فيه كالذمة في جريان ماسمت ومنه يظهر رجوع تفصيل المختلف إلى ما في التذكرة كما عرفت فلاحظ وتأمل، لكن الانصاف أن المتجه في هذا الفرض ما تقتضيه الأصول، لبعد اندراجها في المنساق من النص والفتوى، كما أن المنساق منهما أيضاً اعتبار قيام العين في يد المشتري في تقديم قول البايع، فلما انتقلت عنه انتقالاً لازماً كالعتق والبيع والوقف ونحوها، لم يكن القول قوله، ضرورة كون المفهوم حينئذ بناء على ما ذكرنا عدم اعتبار قوله إذا لم تكن العين قائمة في يد المشتري؛ فيندرج فيه الفرض لذلك، لا لأن الانتقال اللازم تلف حكمي، حتى يرد عليه منع كونه كذلك، وإن من الجائز كون العلة، التلف الحقيقي الذي يمتنع معه الرجوع إلى العين في اعتبار ما يدعيه؛ من أن الحكم إنما تعلق في تقديم قول البايع على قيام العين من غير اعتبار بالعلة، وهو متحقق مع انتقالها عن ملكه بأي وجه فرض.

لكن قد عرفت اندفاع ذلك كله، بناء على ما ذكرنا، بل منه يظهر الحال في غير اللازم من الانتقال كالبيع في زمن الخيار ونحوه نعم لو كان قد فسخ قبل التنازع إتجه حينئذ تقديم قول البايع، لصدق القيام في يده، أمام عدمه فالمتجه ما ذكرناه إقتصاراً على المتيقن فيما خالف الأصل، ولذا كان المتجه كما في المسالك فيما لو تلف بعض المبيع تنزيله منزلة تلف المجموع، لا بقاءه، ولا إلحاق كل جزء بأصله، وبؤيده عدم صدق قيام عين المبيع الذي هو مناط تقديم قول البايع.

ولو امتزج المبيع بغيره فإن بقي التميز، فعينه قائمة، وإن لم يتميز ففي المسالك احتمال بقاءه كذلك لانه موجود في نفسه، وإنما عرض له عدم التميز من

غيره ، والمفهوم من قيام عينه وجوده ، خصوصا عندهم جعل التلف فى مقابلته ، فانه ليس بتالف قطعاً ، و فيه أن المنساق من القيام غيره مما يظهر عينه للحس ويمكن إرجاعه ، فالمتجه الاقتصار عليه ، هذا مع مزجه بجنسه بحيث لا يخرج به إلى حقيقة أخرى ، كالزيت يخلط بمثله ، والنوع الواحد من الحنطة بمثله . أما لو خلط بغير جنسه بحيث صار حقيقة أخرى كالزيت يعمل صابوناً ، فإنه حينئذ بمنزلة التالف . والله أعلم .

المسألة الثالثة : لو اختلفا فى ﴿ قدر ﴾ المبيع فقال البايع : بعثك ثوباً ﴿ بدرهم مثلاً ﴾ فقال المشتري : ﴿ بل ثوبين ﴾ أو قال البايع : هذا الثوب بكذا ، وقال المشتري : ذلك مع ثوب آخر معين به ﴿ فالقول ﴾ : قول البايع أيضاً ﴿ لاصالعدم انتقال غيرهما اعترف به ، ولذا كان القول قول المشتري فى قلة الثمن ، والبايع فى كثرته عند من عرفت لولا الخبر المزبور (١) المفقود فى الفرض ؛ والتحقيق إتيان البحث السابق هنا إذ لانس فى المقام يعارض ما يقتضيه الاصل ، فيبقى البحث فى تعيين مقتضاه من تقديم مدعى الأقل أو التحالف أو غيرهما ، وقد تقدم الكلام فيه مفصلاً .

نعم هذا إذا كان الاختلاف فى المبيع من حيث القدر ﴿ و ﴾ أما إذا كان من حيث التعيين كما ﴿ لو قال ﴾ البايع : ﴿ بعثك هذا الثوب ﴾ بكذا ﴿ فقال ﴾ المشتري : ﴿ بل هذا فهنادعويان ﴾ لا قدر مشترك بينهما ﴿ فيتحالفان ﴾ على نفى كل من قولهما ﴿ ويبطل دعواهما ﴾ لحصول ضابط التحالف ؛ ويترادان ، كما فى النبوي (٢) « المتبايعان إذا اختلفا ، تحالفا وترادا » وكذا لو تكلاماً معاويبتدء باليمين من ادعى عليه أولاً ، كما فى المسالك فى نحو ذلك ، بل هو مقرب التذكرة ، ونفى عنه البعد فى جامع المقاصد ، ولو تساوى فى إبراز الدعوى ، فإن قلنا بتقديم من كان على يمين صاحبه ،

(١) الوسائل الباب ١١ من ابواب احكام العقود الحديث ١-٢

(٢) سنن البيهقى ج ٥ ص ٣٣٣

إتجه ، حينئذ اليمين على الآخر . وإلا فالقرعة ، لكن في الدروس البادى باليمين من يتفقان عليه فان اختلفا عين الحاكم ، وفي القواعد فى نحو المقام احتمال استحباب تقديم البايع ، والمشتري ، والتساوى فيقرع ، ولعل ما ذكرناه أولى .

وعلى كل حال فالظاهر أن اليمين على النفي لاجامعة بينه وبين الاثبات ، وإن احتمله فى القواعد ، ووجهه بأنه أفضل للحكم وأسهل للحاكم ، إذ قد ينكل أحدهما فيغنى عن ردّها تلك اليمين ، مضافا إلى ما ورد من النهى عن تكرارها (٢) وفيه ان يمين الاثبات بعد النكول فلا تتقدم عليه كى تجدى فى السقوط عند التوجه ،

و على كل حال فاذا حلفا سقطت الدعويان عندنا كما فى التذكرة قال : « كما لو ادعى على الغير بيع شيء أو شرائه ، فأنكر وحلف ، سقطت الدعوى ، و كان الملك باقيا على حاله ، ولم يحكم بثبوت عقد حتى يحكم بانفساخه ، ومن ذلك نسب إليه فى المسالك القول بالبطلان من الاصل بعد التحالف ، وأنه ينزل البيع منزلة المعدم ، خلاف ما اختاره فى القواعد والدروس ، من أنه حين التحالف ، أو الفسخ ، لامن الاصل . وكيف كان فيشكر باتفاقهم على وقوع عقد ناقلا للثمن أو المثل ، وإن اختلفا فى تعيين الاخر منهما ، ومن هنا إتجه جعل البطلان من الحين فى المتفق عليه ثمنا أو مثمنا ، وأما المختلف فيه . منهما فالمتجه فيه ما ذكره من البقاء على الملك وحينئذ فكل من إطلاقه فى التذكرة والقواعد غير جيد ، وتظهر فائدة القولين فى النماء ، و فيما لو وقع التحالف بعد انتقال العين بعقد لارم كالبيع وشبهه ، أو الخروج عن الملك بعق أو وقف ونحوهما ، فعلى الاول يبطل العقود وغيرها ، ويرجع العين إلى صاحبها ، وبه قطع فى التذكرة تفريعا على أصله ، وعلى الثانى يرجع إلى القيمة يوم الانتقال ، وبه قطع فى القواعد تفريعا على أصله ، وأما التلذ فيرجع معه بالقيمة .

وعلى كل حال ولعل الذى ألجأ الفاضل فى التذكرة إلى ذلك ، هو تلازم حال

الثلث والثلثين ، فإذا فرض أن أحدهما باق على حكم الملك ، كان الآخر كذلك ، ويدفعه جواز اختلافهما في الحكم الظاهري ، وإن تلامها في الحكم الواقعي ، وكيف كان فالمراد من البطلان من الأصل أو من الحين ، هو جريان حكم ذلك عليه ، وأنه يكون حينئذ بمنزله ما لم يجر عليه العقد ، لأنه كذلك حقيقة ، ولكن قال في المسالك بعد البحث في ذلك : « الظاهر أن العقد يبطل بمجرد التحالف وإن لم يفسخه فاسخ و به قطع في التذكرة محتجا بما تقدم ، من أن يمين كل منهما يسقط دعوي الآخر ، فيكون الملك باقيا على حاله ، ولم يحكم بثبوت عقد ، حتى يحكم بانفساخه وهذا على القول ببطلانه من أصله ، وأما على القول ببطلانه من حينه ، فالظاهر أنه كذلك ، لا تنفاه دعوي كل منهما بيمين صاحبه ، فينفسخ حينئذ ، ولان إمضاؤه على وفق اليمينين متعذر ، وعلى وفق أحدهما تحكم ، وهو ظاهر فتوى القواعد ، قلت : ذلك كله لا يقتضي الانفساخ باطنا للعقد اللازم الذي أقرابه و توافقا عليه ، و تعذر تسليم الثلث أو الثلثين ظاهرا أخيرا لا يقتضي به .

نعم قد يقال : بتسلط المحق منهما على الخيار في وجه تسمعه إنشاء الله تعالى ومما يؤيد ذلك ما ذكر في التذكرة وغيرها قال فيما نحن فيه : « إذا حلف البائع على نفي ما يدعيه المشتري بقي على ملكه ، فإن كان في يده ، وإلا انزع من المشتري ، وإذا حلف المشتري على نفي ما يدعيه البائع ، وكان الثوب في يده ، لم يكن للبائع مطالبة به لانه لا يدعيه ، وإن كان في يد البائع لم يكن له التصرف فيه ، لانه معترف بانه للمشتري ، وله ثمنه في ذمته فإن كان قد قبض الثمن رده على المشتري وله أخذ الثوب قصاصاً ، كما أن له ذلك أيضاً إذا لم يكن قد قبض الثمن ، فإن زادت قيمته فهو مال لا يدعيه أحد » و هو كالصريح في خلاف ذلك كله ، ضرورة أنه لا وجه للمقاصة مع فرض الانفساخ ، وظاهر الدروس التردد ، في ذلك ، كالملحكي عن الشافعي قال : « إذا حلفا أو نكلا إحتمل أن ينفسخ العقد إذ إمضاؤه على وفق اليمينين متعذر ، وعلى وفق أحدهما تحكم ، أي فيكون ذلك بمنزلة عدم وقوع البيع على أحدهما واقعاً ، تنزيلاً للظاهر منزلة الواقع ، كما هو مقتضى

قوله عليه السلام «تراد» ، و يحتمل أن يتزلزل فيفسخه المتعاقدان أو أحدهما أو يرضى أحدهما بدعوى الآخر ، أو يفسخه الحاكم إذا يئس من توافقهما وامتنعا من فسخه ، لئلا يطول النزاع « إلى أن قال : « ثم إن توافقا على الفسخ ، أو فسخه الحاكم ، إنفسخ ظاهرا وباطنا ، وإن بدر أحدهما فإن كان المحق فكذلك ، وإلا إنفسخ ظاهرا » قلت : لا ريب أن المتجه على مقتضى الضوابط الشرعية عدم الانفساخ بالتحالف بل ولا يسلط الحاكم على ذلك . نعم إن توافقا عليه ، وإلا فالظاهر إنحصار الخيار في المحق على إشكال في بعض الاحوال ؛ وهو حال ما بعد القبض ، بل قد يقوى عدمه . فيتجه حينئذ المقاصة على احكامها ، هذا كله بحسب الواقع ، والا فالحكم الظاهري قد عرفت الحال فيه .

نعم قد يقال : إن للغير التصرف في كل من الثوبين مثلا وترائهما ، بل والتمن الذي يرجع إلى المشتري منهما أيضا وإن علم أن الواقع ينافي ذلك ، إلا أن الظاهر عدم اعتبار مثل هذا العلم في المنع عن العمل بما يقتضيه الحكم في الظاهر ، وله نظائر كثيرة في الفقه ، منها - العين المقسومة بين اثنين ، لتعارض البيتين مثلا . بل ومع العلم بأنها لواحد منهما ، إذا لم نقل بالقرعة . فإن للغير شراء الجميع من كل واحد منهما وإن علم أن أحدهما غير مالك للنصف ، إجراء للحكم الظاهري ، بل إن لم يكن إجماع جرى مثله في النكاح لو فرض التداعي بين السيد مثلا وآخر في تزويج أمته ، فقال السيد : هذه وقال الآخر : بل هذه ، وتحالفا ، فإن للغير التزويج بيما ، وإن علم أن إحداهما ذات زوج عملا بالحكم الظاهري .

وكيف كان فلا ينبغي منع كل واحد منهما من التصرف فيما وصل إليه بعد التنازع . وإن تردد فيه في الدروس من قيام الملك وتوقع زواله ، فهو كالتزائل قال : « وأولى بعدم الجواز بعد التحالف ، لتأكد سبب الزوال » وفيه ما عرفت ، اللهم إلا أن يريد بحسب ظاهر الحال ؛ وقلنا : بعدم الحاجة إلى حكم الحاكم بعد التحالف و إلا فلو تصرف المحق منهما فيما له على وجه لا يكون فيه هتك للحكم الظاهري ، أمكن القول بالجواز ، للعمومات التي لا ينافيها ذهب اليمين بما فيها في الظاهر .

نعم لو قلنا بالانفساخ منعاً قطعاً ، كما أنه مما قد منا يظهر لك الحال فيما ذكره فيها أيضاً من أنه لو تحالفا بعد هلاك العين ، ضمن مثلها أو قيمتها يوم الهلاك على الأقرب ولو عابت فأرشها ، ولو أبق فالقيمة للحيلولة ، ثم يترادان إذا عاد ، وإن رهن أو أجر أو كوتب فالعقد باقية ، وينتقل إلى القيمة في الكتابة ، وفي الرهن والاجارة وجهان ، مبنيان على الحمل على الكتابة ، أو الأباق ، ولو رضى صاحب العين بتأخير الأخذ إلى فك الرهن ، أو فراغ الاجارة ، احتمل إجابته إن تسلم العين أو أسقط الضمان وجوزناه والالم يجب وفي المسالك « أنه لو وجد العين أى التي وقع التحالف على ثمنها مستأجرة أو مرهونة ، انتظر انقضاء المدة أو الفك ، وفي تخيره بينه وبين القيمة معجلة ، وجه « و في القواعد « لو كان المبيع أى الذى اختلف فى ثمنه تألفا وجبت القيمة عند التحالف يوم التلف ، ويحتمل يوم القبض ، ولو تلف بعضه أو تعيب ، أو كاتبه المشتري أو رهنه أو أبق أو أجره ، رجع بقيمة التالف وأرش المعيب بقيمة المكاتب والمرهون والآبق والمستأجر ، وللبيع استرجاع المستأجر ، لكنه يترك عند المستأجر مدة الاجارة والاجرة المسماة للمشتري ، وعليه أجره المثل للبايع ، ولو زالت الموانع - بأن عاد الآبق أو فك أو بطلت الكتابة بعد دفع القيمة - ، فالأقرب عود ملك البايع إلى العين ، فيسترد المشتري القيمة « وبعض ما ذكره لا يخلو من بحث ، كما أن ما ذكره فيها من أنه لو اختلفا في قيمة التالف بعد التحالف رجعا إلى قيمة مثله موصوفاً بصفاته ، فإن اختلفا في الصفة قدم قول المشتري مع يمينه ، أى إن كان هو المنكر كذلك أيضاً ؛ بل فى المسالك « أنه قد أغرب فى ذلك وهو بأصول العامة أليق ، نظرا إلى أن الوصف تفيد أهل الخبرة الظن بالقيمة ، فيكون مناسباً لرفع النزاع »

قلت : لا ريب أن المتجه على أصولنا كما فى الغصب وغيره تقديم منكر الزيادة ، لمعوم قوله « واليمين على من أنكر » (١) ولأن للاعيان خصوصيات لا تعرف إلا بالمشاهدة ،

ولأننى الاوصاف بالقيمة كما هو واضح .

ثم إن الظاهر جريان التحالف فى زمن الخيار المشترك ، واحتمل فى الدروس عدمه ، لانهما يملكان الفسخ ، لكن إستوجه الاول مالم يفسخ أحدهما ، قال : «و الغرض من اليمين تكول الكاذب ، ودوام العقد باحلاف الصادق ، فان حلفا فالفسخ أمر ضروري ، شرع لتعذر إمضاء العقد ، وعليه يتفرع التحالف فى المضاربة ، ويجرى التحالف فى سائر العقود الجارية على هذا النمط ، وتنقيح هذه المباحث محتاج إلى إطناب تام . فلعل الله يوفق له »

﴿ولو اختلف ورثة البايع وورثة المشتري﴾ فى القدر ﴿كان القول : قول ورثة البايع فى المبيع وورثة المشتري فى الثمن﴾ وإن كانت عين المبيع قائمة لما عرفت من كون القول : قول مدعى الأقل فى الثمن والمثمن ، خرج من ذلك للنص (١) والفتوى صورة ما لو كان النزاع بين البايع نفسه و المشتري كذلك مع قيام عين المبيع ، دون غيرها من الصور التى منها محل البحث ، حتى صورة النزاع بين أحدهما ووارث الآخر ، ودعوى أن كل ما كان للمورث ينتقل للموارث مسلمة فى المال والحقوق التى تنتقل ، بخلاف محل الفرض الذى هو من الاحكام لامن الحقوق ، فما عن جماعة من أن حكم الوارث حكم المورث مطلقا فى غير محله ، وإن استحسنه فى المسالك . والله العالم .

المسألة ﴿الرابعة : إذا قال﴾ البايع مثلاً : ﴿بعتك﴾ مالى ﴿بعبد﴾ وشبهه مما يصح ثمننا ﴿فقال﴾ المشتري : ﴿بل بحرّ او﴾ قال : ﴿بخلّ فقال : بل بخمر﴾ او نحو ذلك . ما لا يصح ثمننا ﴿او قال﴾ البايع مثلاً : ﴿فسخت قبل التفريق وانكر الآخر ، فالقول : قول من يدعى صحة العقد﴾ وبقاؤها ﴿بيمينه﴾ للاصل : بمعنى الظاهر ، او القاعدة ، او الاستصحاب : ﴿و﴾ حينئذ فيكون ﴿على الآخر البيّنة﴾ بلا خلاف معتد به اجده ، لكن فى الكفاية فيه نظر ، ولعله لاعمية أصالة الصحة من كون المبيع عبداً ، و

ج ٢٣ (في أنه إذا اختلفا في صحة العقد وبطلانه فالقول قول من يدعي صحته) -١٩٥-

لاصالة عدم العقد الصحيح ، فيكون كإنكار البيع ، ولأن أصالة صحة العقد إنما هي بعد استكمال أركان العقد ليتحقق وجوده ، أمّا قبلها فلا وجود له ، والشك في المثال إنما هو في المعقود عليه الذي هو أحد أركان العقد ، وفيه إن ذلك من توابع العقد الصحيح الذي شخصه الأصل في المقام ، فهو في الحقيقة من لوازم خصوص هذا العقد من البيع ، لا مطلق عقده ، ومن الواضح الفرق بين المقام المعلوم وقوع العقد فيه ، و بين إنكار البيع فلا يقاس أحدهما على الآخر والعقد الإجماع من الصحيح والفساد ، فتحققه لا يتوقف صدقه على كونه المعقود عليه مما يصح العقد عليه ، وإنما يتوقف عليه الصحيح منه لأصله ، فمع التنازع فيه كما في المثال لا إشكال في جريانها كما هو واضح بأدنى تأمل .

ومن ذلك يعلم ما في الحواشي المنسوبة للشهيد على القواعد قال في الشرح نحو المتن : « هذا مخالف لما قاله الأصحاب والمصنف ، من قبول قول المشتري في مثل ذلك وإنما هذا من فروع المخالفين ، حتى لو أراد دعوى الفسخ ؛ إذا الفاضل والمصنف وغيره قد موافق منكره للأصل ، وإن كان قد احتمل في القواعد في بحث خيار المجلس تقديم قوله ، لأنه أعرف بنيتة ، ولا ريب في ضعفه بعد حمل النية في كلامه على الفعل ، بقرينة وضوح عدم مدخلية النية ».

وكيف كان فالتحقيق ما عرفت نعم قد يتجه تقديم مدعي الفساد لو كان الإختلاف في حرية المعين ثمناً أو مشمناً ورقية ، ولم يكن سبيلاً إلى معرفتها ، فإن أصل الصحة لا يشخص الرقية هنا قطعاً ، وكذلك الخلوية والخمرية ، فيبقى أصل عدم النقل وأصل البرائة معاضداً لمدعي الفساد ، فيكون القول : قوله بيمينه ، ولعل هذا هو مراد تائي الشهيد في مسالكه ، قال : « وربما يستشكل الحكم مع التعيين ، كبعثك بهذا العبد ، فيقول : بل بهذا الحر ، فإن منكر نقل العبد إن كان هو المشتري فهو ينفي ثبوت الثمن في ذمته وإن كان هو البائع فهو ينفي إنتقال عبده عنه ، فالأصل معهما في الموضعين ،

ولانه يرجع إلى إنكار البيع ، فيقدم قول منكره .

نعم لو لم يعينافي صورتين توجه ماذكر : إن كان لا يخلو من بعد ، إلا أنه أولى من حمله على إرادة الفرق بين الكلي والمعين ، ولومع اختلاف المتبايعين فيه ، بأن قال البايع مثلاً : بعثك بهذا العبد مشيراً إلى معلوم العبودية ، و قال المشتري : بل بهذا الحر مشيراً أيضاً إلى معلوم الحرية ، لعدم ما يصلح فارقاً كما هو واضح بأدنى تأمل .

ولو قال البايع مثلاً : بعثك وأنا صبي " فأنكر المشتري وقال : بعثني وأنت بالغ ففي القواعد « احتمل تقديم قول مدعي الصحة مع يمينه ، و تقديم قول البايع ، لأصالة البقاء » ثم قال : « ولو قال : كنت مجنوناً ولم يعلم له سبقه ، قدم قول المشتري يمينه والا فكالصبي » و ظاهره التوقف ، كالنذكرة والتحرير ، و الدروس في المقام والا قرار ، وإقرار جامع المقاصد بل في إقرار الثاني « أن الصبي يحلف » لكن في الجامع هنا « أن الاحتمال الثاني في غاية الضعف . لأن أصالة البقاء مندفعة بالقرار بالبيع المحمول على البيع الصحيح شرعاً ، فإن صحته تقتضي عدم بقاء الصبوة فلا يرد معارضاً ، كما لا يعدّ احتمال الفساد معارضاً لأصالة الصحة في مطلق الإقرار بوقوع عقد البيع ، فإن قلت : أصلاً قد تعارضاً ، للقطع بثبوت وصف الصبوة سابقاً قلت : قد انقطع هذا الأصل بالإعتراف بصدور البيع المحمول على الصحيح . كما يحكم بانقطاع أصالة بقاء مملك البايع ، بالإعتراف بصدور البيع لو اختلفا في صحته وفساده ، ولو ثبت في هذه المسألة تعارض الأصلين ، لثبت تعارضهما فيما لو قال : تباعنا ، و ادعى أحدهما الفساد ، والفرق غير واضح ، وكون الصبوة مستمرة لا تدخل له في الفرق » ثم قال في شرح قوله ولو قال : كنت مجنوناً إلى آخره : « أي فيجى فيه احتمال تقدم جانب الصحة ، لأنها الأصل ، والفساد لأصالة بقاء مقتضيه ، وليس بشيء ؛ لانقطاع هذا الأصل كما قررناه في المسألة السابقة » .

قلت : سو مناف لمأذكره في شرح قول الفاضل في باب الضمان ، لا يصح ضمان

ج ٢٣ (فى انه لو اختلفا فى صحة العقد وبطلانه فالقول قول من يدعى صحته) ١٩٧-

الصبي وإن أذن له الولي ، فإن اختلفا قدم قول الضامن ، لأصالة براءة الذمة وعدم البلوغ ، وليس لمدعى الأهلية أصل يستند إليه ، ولا ظاهر يرجع إليه ، بخلاف ما لو ادعى شرطا فاسدا ، وكذا البحث فيمن عرفت له حالة جنون ، قال: أى « فإن اختلف الضامن والمضمون له فى وقوع الضمان حال الصبا أو حال الكمال . قدم قول الضامن فى أنه كان صبياً وقت الضمان ، لأن الأصل براءة الذمة ، فيستصحب ، وكذا أصل عدم البلوغ ، وليس لمدعى أهلية الضمان حال وقوعه أصل يستند إليه ، ولا ظاهر يرجع إليه يكون معارضا للأصلين السابقين ، فإن قيل : له أصالة الصحة فى العقود ، وظاهر حال العاقد الآخر أنه لا يتصرف باطلا قلت: الأصل فى العقود الصحة بعد استكمال أركانها ، ليتحقق وجود العقد ، أمّا قبله فلا وجود للعقد ، فلو اختلفا فى كون العقود عليه هو الحر أو العبد ، حلف منكر وقوع العقد على العبد ، وكذا الظاهر إنما يثبت مع الاستكمال المذكور ؛ واعترف شيخنا الشهيد فى حواشيه بوجود أصالة الصحة فى العقود ، لكن بمعارضة أصالة الصبي يتساقطان ، ويبقى أصل البراءة سليما عن المعارض ، فكأنه لأصل له ، و ما ذكرناه أثبت »

ثم إنه فى شرح قوله بخلاف إلى آخره قال: « لأن الظاهر أنهما لا يتصرفان باطلا ، وحيث كان المتعاقدان كاملين تحقق الظاهر المذكور . وأصالة الصحة العقود » وشرح قوله وكذا البحث إلى آخره « أى ما سبق فى الاختلاف فى وقوع الضمان حال الصبا والبلوغ أت فيما عرفت له حال جنون بعين ما ذكر ، لكن لو حصل الاختلاف فى وقوع العقد فى يوم الجمعة وكان فيه كاملا ، وفى يوم الخميس قبله وكان باتفاقهما صبياً أو مجنوناً ؛ فهل هو كما سبق ؟ أو يحتمل بأصالة عدم التقدم ، كل ممكن » انتهى وهو كما ترى .

والتحقيق عدم الفرق بين البيع والضمان فى تقديم مدعى الصحة ، لأصالتها القاطعة جميع هذه الأصول ، بل هو كذلك وإن لم يعترف بأنه باع ثم ادعى أنه كان صبياً ، ويكفى ثبوت أصل الفعل فيه ولو بينة ، ثم يصححه الأصل ،

ومن الغريب دعوى تخصيصه أصالة الصحة بما بعد استكمال الأركان التي منها المعقود عليه ، مع أنه لم يعرف خلاف في أن القول : قول مدعي الصحة فيما لو تنازع المتعاقدان الكاملان في وقوع العقد على ما يصح ، أو ما لا يصح ، وقد كان ما هو فيه من تقديم قول الصبي في مسألة الضمان مستغنيا عن هذه الدعوى ، وكان يكفي فيه دعوى عدم تحقق موضوع أصالة الصحة ، وهو فعل المسلم الكامل ، وإن كان يدفعه : مع كون الموضوع ذلك ، بل الأصل في الفعل نفسه الصحة ، وإنما يمنع منها عدم الكمال فمع عدم تحققه والفرض وقوع الفعل ؛ يحكم بصحته حتى يتبين خلافه ، إلا أنه لا يخلو من نظر فتأمل جيداً

﴿ النظر الخامس : في الشروط ﴾

المذكورة في متن العقد دون ما بعده بل وما قبله ، إذا لم يكن بناء العقد عليه إلا فالصحة فيه قوية جداً ، وعلى كل حال فالمراد بها المرسومة فيه زائداً على الثمن و المضمن على وجه الالتزام ، دون التعليق الذي لا إشكال في البطلان معه وإن كان بلفظ الشرط ، من غير فرق بين كون المعلق عليه محقق الوقوع في مستقبل الأزمنة أولاً ، لأنه ينافي قصد إنشاء النقل والانتقال والرضا بهما لا مكان منعه ، خصوصاً بعد مشروعية التدبير والنذر ونحوهما من الأنشاء المعلق بل لانه مناف لما هو المعلوم من الشرع من تسبب هذه الصيغ و ترتب الآثار عليها بمجرد تمامها ، فالتعليق المقتضى لتأخر الآثار ، وعدم إعمال السبب مقتضاه مناف لذلك .

ومنه يعلم أنه لا يقدح صورة التعليق بعد العلم بإرادة الالتزام منها ، لاحقيقته المنافية لما عرفت ، بل ولا يقدح منه ما كان نحو بعتك إذا كانت الشمس طالعة مع

في انه كل شرط لم يكن مؤديا إلى جهالة المبيع أو الثمن ولا مخالفا للكتاب والسنة فهو جائز ١٩٩

العلم بالطلوع ، وإن كان هو ظاهر بعضهم ، لكونه تعليقا في الظاهر والشك في السببية معه ، إلا أنه كما ترى . نعم لا يبعد البطلان مع الشك . لاقتضائه توقف عمل السبب بعد تمامه على غيره مما لا مدخلية له في تسببه مع احتمال الصحة لكون التعليق فيه للعلم بترتب الاثر ، لا للاثر نفسه ، فتأمل جيدا .

ولا خلاف كما لا إشكال في قبول عقد البيع وغيره من العقود اللازمة ، الشرائط في الجملة ، والنصوص مستفيضة فيه أومتواترة (١) بل لعل إطلاق الامر بالوفاء بالعقود (٢) « والتجارة عن تراض » (٣) كاف إلا أن منها ما ليس بسايع ، ومنها ما هو سايع ﴿ وضابطه ﴾ كما في القواعد واللمعة والروضة وغيرها ، بل عن أبي العباس نسبته إلى علمائنا ، ﴿ ما لم يكن مؤديا إلى جهالة المبيع أو الثمن ﴾ كاشتراط تأجيل أحدهما مدة مجهولة ﴿ ولا مخالفا للكتاب والسنة ﴾ ضرورة وضوح بطلان الثاني ، وكذا الأول بعد ما عرفت من اعتبار المعلومية فيهما ، بل هو مندرج في الثاني ، ولذا إقتصار في النصوص على استثنائه ففي الصحيح (٤) « المسلمون عند شروطهم إلا كل شرط خالف كتاب الله تعالى فلا يجوز » و آخر (٥) « من اشترط مخالفا لكتاب الله عز وجل فلا يجوز على الذي اشترط عليه المسلمون عند شروطهم فيما يوافق كتاب الله عز وجل » والخبر (٦) « المسلمون عند شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو حلالاً حراماً »

لكن يظهر من جماعة منهم الفاضل في القواعد أن من المخالف للمشروع اشتراط ما ينافي بمقتضى العقد ، كشرط عدم البيع أو الهبة أو العتق أو الوطي أو إن غصبه غاصب رجع عليه بالثمن ، أو نحو ذلك ، بل في الغنية من الشروط الفاسدة بالاخلاف ،

(١) الوسائل الباب ٦ من أبواب الخيار والباب ١٥ من أبواب الحيوان والباب ٤ من أبواب

المكاتب وغيرها .

(٢) سورة المائدة الآية ١

(٣) سورة النساء الآية ٢٩

(٤) (٥) (٦) الوسائل الباب ٦ من أبواب الخيار الحديث ٢-١-٥

أن يشترط ما يخالف مقتضى العقد ، مثل أن لا يقبض المبيع ولا ينتفع به .
وعن جماعة أن ضابط المنافي كل ما يقتضي عدم ترتب الاثر الذي جعل الشارع
العقد من حيث هو عويقة ، ورتبه ، وقد يشكل باشتراط عدم الانتفاع بالمبيع مثلاً
زماناً معيناً ؛ فإن مقتضى إطلاق العقد إطلاق التصرف في كل وقت ، وباشتراط
إسقاط خيار المجلس والحيوان ، وما أشبه ذلك مما أجمع على صحة اشتراطه كماً في
المسالك ؛ واحتمال إرادة مالك يجعل العقد إلا لاجله من المقتضى كانتقال العوضين
في البيع الذي هو الاثر الحقيقي له . ينافي منع اشتراط عدم البيع ونحوه مما
سمعت منعه ، لأنه مناف .

ومن هنا قال في جامع المقاصد « الحاسم لمادة الاشكال أن الشروط على أقسام ،
منها - ما انعقد الإجماع على حكمه من صحة وفساد ، فلا عدول عنه ، ومنها - ما وضح
فيه المناقاة للمقتضى ، كشرط عدم الضمان عن المقبوض بالبيع ، أو وضح مقابله ، ولا
كلام في إتباع ما وضح ، ومنها - ما ليس واحداً من النوعين ، وهو بحسب نظر الفقيه ،
لكن لا يخفى عليك أن ما ذكره غير حاسم ، والاولى الاعراض عن هذه العبارة ، والرجوع
إلى ما سمعته من الكلية المنصوصة التي يندرج فيها جميع ما يشك في جوازه ،
فيكون ذلك حينئذ هو السداد .

لا يقال : إن فيها إجمالاً أيضاً إذ لا يدري ما المراد بالحلال والحرام ، أهو ما كان
كذلك بأصل الشرع من دون توسط العقد ، أو ما يعم ذلك ؟ فإن أريد الاول ، نافي
ما نصوا عليه من بطلان اشتراط عدم البيع ونحوه ، إذ لا مانع في الشرع من كون الشيء
مملوكاً ولا يباع أولاً يوهب مثلاً ، وإن أريد الثاني ، ففيه أولاً أنه مناف لما ذكره ، بل
قد عرفت دعوى الإجماع عليه في المسالك من صحة اشتراط عدم الانتفاع مدة ،
وإسقاط خيار المجلس وإسقاط خيار الحيوان ونحوها مما عرفت ، مضافاً إلى ما سمعته من
النصوص الآتية في جوازيع الأمة بشرط عدم البيع والهبة ، المستلزم لحرمتها بمد

الشرط، مع أنهما حلال بواسطة العقد ، بل ظاهر هذا النصوص جواز اشتراط المنع من غيرهما إلا لإلزام خاصة من بينها ، وثانياً المنع من الهبة مثلاً الباطل اشتراطه ، لكونه محرماً ، حلالاً بواسطة العقد ، وإن أريد به بالنسبة إلى العقد المعرّى عن الشرط . فهو وارد في كل شرط ، لأنه مخالف لمقتضى العقد الخالي منه ، وإن أريد بالنسبة إلى العقد المتضمن له فهو غير واضح ، لأننا نقول : لا يخفى رجحان إرادة الأول ، لأنسباق حصول صفة الحل والحرم قبل العقد ذي الشرط منه ، فالمراد بتحريم ما كان حلالاً بأصل الشرع ، أو بالعكس كاشتراط عدم الإلزام ممن يرثه أو شرب الخمر أو الزنا ونحوها ، بل التأمل الجيد يقتضي بكون المراد بذلك بيان أن الشرط من الملزمات بكل ما هو جائز للمكلف فعله أو تركه ، وأنه ليس مؤسساً للحكم الشرعي ومثبته ، حتى يكون محللاً للحرّم أو بالعكس ، فيكون الضابط حينئذ في السابغ منه ما كان جازياً للمشتراط عليه قبل الاشتراط وإنما أريد بالشرط الإلزام به وغيره ما لم يكن كذلك ، ومقتضى ذلك جواز اشتراط عدم البيع أو الهبة أو الوطى أو نحو ذلك ضرورة أن المشتراط عليه مع قطع النظر عن الشرط ترك ذلك كله .

أللهم إلا أن يتعقد إجماع على عدم الجواز وهو محل شك ، بل فديقوى الظن بخلافه ، خصوصاً بعد استدلال جماعة على البطلان بالمنافاة لمقتضى العقد الذي هو كما ترى ؛ وخصوصاً بعد أن سئل الصادق عليه السلام في الصحيحين (١) عن الشرط في الأمة لا تباع ولا توهب فقال : يجوز ذلك غير الميراث ، فإنها تورث ، لأن كل شرط خالف الكتاب باطل ، وفي الآخر (٢) « وهو مردود » ونحوهما غيرهما ، وهما مع صراحتهما بجواز اشتراط عدم البيع والهبة ، قد اشتملا على الاستثناء المشعر بما ذكرنا من تفسير الحلال والحرام .

نعم لا ريب في بطلان منافي مقتضى العقد بمعنى عوده عليه بالنقص ، كاشتراط عدم الملك في المبيع ، بل هو عند التأمل راجع إلى الضابط الذي عرفت ، كما أن

البطلان في الشرط العائد إلى جهالة المبيع أو الثمن لإشكال فيه ، بعد النهي عن بيع الغرر (١) الشامل لمحل الفرض قطعاً .

نعم قد يتوقف في بطلان المجهول من الشرط مع الأول إلى العلم إذا لم تكن جهالته مؤدية إلى جهالة الثمن أو الثمن ، لعموم دليل الشرطية بلامعارض ، ضرورة إختصاص دليل المنع بغير الشرط ودعوى - إلحاق أحكام المبيع و الثمن له ، لاندراج كل شرط في اسم كل عقد وقع فيه وانحة المنع ، بعد صحة السلب عنه ، ولادليل على المساوات في الحكم ، كدعوى استلزام جهالة الشرط ، الجهالة فيهما لأن له مدخلية فيهما ، إذ لا شاهد لها في العرف واللغة والشرع ، ومدخلية التي هي بمنزلة الداعي لا تقتضي ذلك قطعاً ، ولا يندرج بسببها في دليل منع الجهالة في الثمن والمثمن كما هو واضح ، فهو حينئذ قسم من الملزمات مستقل برأسه وإن اعتبر في إلزامه وقوعه في ضمن عقد لازم ، ولذا صح اشتراط ما لا يصح وقوع العقد المشروط فيه عليه ، كاشتراط المنفعة ونحوها في عقد البيع ، والعين في عقد الإجارة و تصفح ما ذكره الأصحاب من صحة اشتراط الرهن والضامن والعقود ونحو ذلك ، مع أن في مطلقها جهالة لا تغتفر في نظيره في البيع .

أما إذا كان جهالة لا تنول إلى العلم ، إتجه البطلان لأنه مثار النزاع ، ولم يعهد نظيره في الشرع بل المعلوم منه خلافه ، بل قد يقال - إن لم يكن إجماع على مثل هذا التسامح في الأول - بعدم الجواز أيضاً ، لأن دليل المنع وهو النهي (٢) عن الغرر في البيع ، شامل لعقد ذي الشرط المفروض فيه الغرر ، وإن لم يصدق على الشرط أنه مبيع أو منه ، أو ثمن أو منه ، ضرورة كون المراد النهي عن الغرر في عقد البيع ، ولو بالنسبة إلى ما فيه من الشرط ، كما هو واضح ، نعم لا يثبت في الشرط الأحكام الثابتة للمبيع مثلاً من حيث كونه كذلك لعدم صدقه عليه ، لا الثابتة للعقد الشامل للمشروط وغيره والله العالم .

﴿و﴾ كيف كان فقد بان لك من ذلك كله أنه لا إشكال في أنه * يجوز أن يشترط

ما هو سائغ داخل تحت قدرته ، كقصارة الثوب وخطاطته ، وحيآكنه إلا أنه بناء على اعتبار المعلوماتية ، لا بد من بيان الثوب وكيفية الخطاطة ﴿و﴾ نحو ذلك مما يرتفع به الجهالة ، كما أنه لا إشكال في أنه لا يجوز اشتراط ما لا يدخل في مقدوره ، كبيع الزرع على أن يجعله المشتري أو الله ﴿سنبلا والرطب على أن يجعله تمرا ، ولا بأس باشتراط تبقيته﴾ لدخولها تحت القدرة ، وفي المسالك وغيرها ، وهل يشترط تعيين المدة أم يحال على المتعارف من البلوغ ؟ لأنه مضبوط عرفاً كما إذا لم يشترط ، الظاهر الاكتفاء بالثاني ، وإطلاقيهم يدل عليه ، قلت : كما أنه يدل على ما ذكرنا من التسامح في الشرط ، وربما فرق بين أخذها شرطاً وعدمه ، فيعتبر ضبط المدة في الأول دون الثاني ، وهو جيد بناء على عدم اعتقار الجهالة في الشرط ، وعلى أن التبقية عند عدم الاشتراط من دليل آخر ، لا من انصراف إطلاق العقد والإلكان كالشرط مع إمكان منعه ، ضرورة وضوح الفرق بين ما يستفاد من الانصراف وبينه من الشرط ، في صدق الفرر في عقد البيع ولولا النسبة إلى ما فيه من الشرط في الثاني ، بخلاف الأول .

وعلى كل حال فالتبقية مقدورة يصح اشتراطها ، ولعل من ذلك اشتراط حصول الأثر المعلوم توقفه على عقد أو إيقاع من دونه ، كاشتراط طلاق الزوجة - وحليته الوطى - من دون صيغتهما ، ضرورة عدم دخول ذلك تحت قدرته ، لكون المرجع فيه الشرع ، بل قد عرفت فيما سبق أن دليل الشرطية لا يفيد إلا أن الشرط من الملزمات للجائز ، كالنذر والعهد ؛ ومقتضاه حينئذ أن كل شيء شك في حكمه شرعاً فضلاً عما علم لم يصح اشتراطه .

نعم كل شيء علم حكمه شرعاً وشك في جوازه اشتراطه كان مقتضى العموم جوازه ، و فرق واضح بين المقامين ، فيجوز اشتراط الصيغة المقتضية للطلاق وحل الوطى ونحوهما ، ويجوز اشتراط الأعمال وإن لم يذكر صيغة ، بل يستحق العمل عليه بنفس الشرط ، لعدم توقف حل استيفائه منه عليها ، إذ لا ريب في جواز تبرعه به وقبوله منه ، بل ربما

قيل أيضاً بجواز اشتراط ملك عين مخصوصة ، ويملكها بنفس الشرط ، من غير حاجة إلى تجديد عقد الهبة لأنها من العقود المجازة التي لا يعتبر فيها لفظ مخصوص ، فيكفي حينئذ عبارة الشرطية مع القبول في تحقق أثرها ، كاشتراط الوكالة وغيرها ، إلا أنه قد يشكل حصول الملك قبل القبض ، لاعتباره فيها ، وحينئذ يكون المراد بما في الشرط من الملك ملك أن يملك .

ألهم إلا أن يقال أنها في الغرض كالهبة المعروضة ، بناء على عدم اشتراط الملك فيها بالقبض ، فتأمل جيداً فإن ذلك كله كما ترى ، ضرورة عدم وفاء دليل الشرطية بصحة اشتراط آثار العقود على وجه يلحقه حكم العقد الذي لا يتناول الشرط .

نعم قد يقال : بصحة اشتراط أثر العقد الذي لا دليل على انحصار سببه في العقد الذي هو من أسباب حصوله ، كالملك الذي ليس في الأدلة ما يقتضي انحصار سببه في الهبة ونحوها ، وإن كان الهبة تفيده ، لأنها منحصر فيها ، فهو حينئذ ملك شرطي ، لا ملك الهبة التي هي اسم للعقد المخصوص ، المعلوم عدم كون الشرط منه ، بل لعل الحرية كذلك أيضاً ، فيصح اشتراطها على وجه يكون هو السبب في حصولها ، وليس ذلك من العتق الذي هو عبارة عن الإيقاع المخصوص ، وحينئذ فالضابط في الأمر الذي يجوز اشتراطه ، هو ما لا دليل على انحصاره في سبب خاص من عقد أو إيقاع ، وإن كان يحصل بهما ، فيشمله حينئذ عموم «المؤمنون» (١) وأما ما دل على انحصاره في السبب المخصوص الذي هو عقد أو إيقاع فلا يصح اشتراطه ؛ للتعارض من وجه ولا ترجيح ، والأصل عدم ترتيب الأثر .

وأما اشتراط العقود والإيقاع فلا إشكال فيه ، فيجوز اشتراط البيع والهبة والتزويج والقرض وغيرها ، لكن لو شرط عليه البيع مثلاً من زيد بكذا فلم يقبل زيد

فهل يتسلط من له الشرط على الخيار لعدم الشرط أولاً؟ لأن الشراء من هذا الاشتراط ماهو مقدور له ، وهو بذله له بذلك ، والا كان من غير المقدور الذي يبطل اشتراطه - وجبان ينقذ من أولهما أن المدار في غير المقدور الفاسد اشتراطه العرف وتجدد العجز لا يخرج عن القدرة ، وإن سلط من له الشرط على الخيار، نعم يمكن القول بالبطلان ، لو انكشف عدم القدرة عليه حال الاشتراط .

وعلى كل حال فالظاهر عدم خروج المثال بامتناع زيد عن وصف القدرة ، فيصح اشتراطه لذلك مراد به البيع حقيقة لا بذله، ويتسلط على الخيار مع عدمه ، ولو كان شرط البيع مثلاً في عقد فاسد بجهالة ثمن ونحوه ، فباع المشتري عليه ، فلا ريب في صحة بيعه ، ولزومه مع علمه بالفساد بل الظاهر ذلك وإن لم يعلم ، وإن كان يقوي ثبوت الخيار له ، وقد يحتمل الفساد ، لأنه كدفع ثمن العقد الفاسد ، إذ دفع كل شيء بحسب حاله والأول أقوى ، بل لو لا غروره وحصول الغرر ، أمكن القول بعدم الخيار له والله أعلم .

وكيف كان فمن ذلك أي اشتراط الإيقاع في العقد ما نبه المصنف بقوله ﴿ ويجوز ابتياع المملوك بشرط أن يعتقه ﴾ عن المبتاع بلا خلاف أجده فيه ، كما عن بعضهم الاعتراف به ، بل في المسالك الإجماع عليه ، وعلى صحة اشتراطه غير مقيد به ، كما عن المبسوط والمهذب البارع وإيضاح النافع الإجماع على صحة اشتراط عتقه ، لكن صحريح بعضهم وظاهر آخرا ن جوازه لذلك ، ولأنه مبني على التغليب الذي منه ومن غيره يعلم غناية الشارع بفك الرقبة بأدنى سبب ، وإلا فهو مناف لمقتضى العقد ، فينبغي بطلانه ، وفيه ما عرفت من أنه لا دليل على البطلان بمثل هذه المناقاة بل ظاهر الأدلة خلافه .

بل في التذكرة يجوز اشتراط عتقه عن البائع عندنا خلافاً للمشافعي ، لأنه شرط لا ينافي الكتاب والسنة لكن ظاهره في القواعد عدم الجواز كما هو خيرة الشهيدين في

الدروس والروضة والفاضل المقداد «لأنه لا عتق إلا في ملك» (١) وفيه أنه في الملك لصون المعتق هو المشتري ، ولادليل على اشتراط ملكية المعتق عنه على أنه لو سلم فهو اشتراط لإدخاله في ملكه ، ثم عتقه عنه ، ولا بأس به ، بعد إن لم يكن الشرط يبيعه عليه الذي قد عرفت منعه فيما تقدم ، لعدم توقف العتق المشروط عليه ، فالصحة حينئذ أقوى : ولو شرط في عتقه عن المشتري التبرع لزم الشرط ، وكذا المجانية ، أمّا لو شرط عتقه عن كفاية المشتري ، ففي المسالك «صح ، وفائدة الشرط التخصيص لهذا العبد بالاعتاق» قلت : بل فائدته عدم إجراؤه العتق تبرعاً عن الشرط إذا كان للبايع غرض بذلك ، ومثله اشتراط العوضية في العتق بالخدمة ونحوها ، فلا -- تجزى المجانية حينئذ ، وإن كان قد يندرج فرض مصلحة للبايع في ذلك ، لغلبة كونها للمشتري ، فله حينئذ إسقاطها وعتقه مجاناً .

ثم إن ظاهر الشرط يقتضي إيقاعه مباشرة إختياراً ، بل في المسالك مجاناً أيضاً ، فلو شرط عليه عوضاً من خدمة وغيره لم يات ، وقال : «وحيث يفوت الشرط يتخير البايع بين فسخ البيع والإمضاء ، لكن لو فسخ هنا رجع إلى القيمة ، كالتالف أيضاً ، لبناء العتق على التغليب ، مع احتمال فساد ، لوقوعه على خلاف داو جب ، و يحتمل ضعيفاً سقوط الشرط هنا ونفوذ العتق » .

قلت : لا ريب في ضعفه إن أراد من الشرط الخدمة ونحوها المشترطة في العتق و كذا إن أراد به شرط البايع بناء على الظهور المزبور نعم يمكن منع ظهور الإطلاق في ذلك ، لصدق تحقق العتق ولو مع الشرط : ثم قال : «وهل يشترط وقوعه من المشتري مباشرة أم يكفي وقوعه مطلقاً ؟ وجهان ، وتظهر القائدة فيما لو باعه بشرط العتق ، فعلى الأول يحتمل بطلان البيع ، لأن شرط العتق مستحق عليه ، فلا يجوز نقله إلى غيره ، وصحته مع تخيير البايع ، ثم إن أعقبت المشتري الثاني قبل فسخه نفذ ، وقدر كالتالف وإلا أخذه ، وعلى الثاني يصح كماله أعتقه بوكيله ، والذي يدل عليه الإطلاق والحكم

ج ٢٣) (في أنه لو باع العبد المشروط عليه عتقه تخير البايع بين الفسخ والامضاء) ٢٠٧-.

في باقي الشروط أنه لا يقتضي مباشرتها بنفسه إلا مع التعيين ، وهذا الشرط لا يزيد على غيره ، وفيه أولاً - أنه خلاف ما استظهره سابقاً بناء على اتحاد المراد بالمباشرة في العبارتين ، وثانياً - أنه لا يرب في ظهور الإطلاق في المباشرة بالمعنى المزبور ، أي عتقه في ملكه ولو بوكيله ، فلا يندرج حينئذ فيه المثال المزبور ، وثالثاً - أنه لا وجه لاحتمال البطلان على الأول ، وإن كان هو خيرة محكي التحرير والتذكرة ومهذب البارع ، إذ لا ينقص عن بيعه من دون اشتراط العتق الذي صرح هو وغيره في أنه للبايع إمضائه .

قال في القواعد والدروس ومحكي التذكرة وجامع السقاصد والروضة : أنه لو باع العبد المشروط عليه عتقه ، أو وقفه تخير البايع بين الفسخ والامضاء ، أي فإن فسخ بطلت هذه العقود ، بل قد يقال : بالصحة حتى مع الفسخ ، فتكون لداقيمة حينئذ نحو ما سمعته في الخيار اللهم إلا أن يقال إن ذلك إذا لم يكن الشرط في العين المتصرف بها ، أمهي كالعبد المشروط عتقه مثلاً ، فقد يفرق بينهما بين الخيار بتعلق الحق فيه بالعين ، كالرهن بخلافه ، وحينئذ فعلى ذلك يتجه ما في المسالك من البطلان ، بناء على إرادة عدم النفوذ منه كالرهن ، فتأمل جيداً ، فإنه قد يقال : إنه لا دليل على اقتضاء تعلق حق الشرط بالعين ، عدم تأثير البيع الذي يقتضي الإطلاق صحته وترب أثره عليه .

نعم باعتبار ثبوت الحق في العين بعده لاستصحابه ، يتجه تسلط من له الشرط على فسخ التصرف المزبور المنافي لنفوذ الشرط الذي جعل الشارع المؤمن عنده ، وقال : إن شرطه له ، فيفسخه حينئذ ويطالب المشتري بانفاذ شرطه ، كما في غير من الحقوق السابقة على العقود المتعلقة بها ، كالشفعة وأرض الجناية وتعلق حق الدين بالثمن ونحو ذلك ؛ وبه يرجح حينئذ على ما دل على لزوم التصرف اللاحق الذي حصل في العين مستحقاً فيها ذلك ، وحينئذ فيتجه بقاء البيع الأول على اللزوم بناء على اعتبار تعذر

الوفاء بالشرط في نزلته، لا مجرد عدم الوفاء به ، وربما كان ما ذكرناه محتمل عبارة الدروس قال: «ولو أخرجه أي العبد المشترط عتقه ببيع أوهبة أو وقف ، فللبايع فسخ ذلك كله، بناء على كون المراد أن له فسخ هذه التصرفات دون البيع الأول ، وله إمضاءها باسقاط حقه من الشرط .

نعم ظاهر غيره بل صريح بعض أن له فسخ هذه التصرفات بفسخ البيع الأول ، فيترتب عليه فسخها إن لم يسقط حقه من الشرط ، وهو لا يخلو من وجه ، بناء على ثبوت الخيار للبايع في البيع الأول بمجرد عدم وفاء المشتري بالشرط ، وحينئذ فالمتجه كونه مخيراً على الوجهين فتأمل جيداً ، فإن ذلك عين التحقيق في المسألة ، وهو الموافق للقواعد وإن لم أجده محرراً .

ورابعاً - لا يخفى ما في قوله : والذي إلى آخره : منع كون الحكم في باقى الشرائط ذلك ، مع إرادة المعنى المزبور من المباشرة نعم هو كذلك بالنسبة إلى مباشرة الوكيل مثلاً فتأمل جيداً .

ثم إن الظاهر جواز عتق المشتري له عن كفارته مع الاطلاق ، لصدق امتثال كل منهما ، ضرورة ظهور إرادة المشترط عتقه كيف ما كان ، فهو كما لو صرح له بذلك إذ لا ريب حينئذ في الجواز ، لكن بنى في المسالك جوازه على أن العتق حق لله تعالى ، لأن فيه معنى القرابة و العبادة أو للبايع لتعليق غرضه به ، ولأن الشروط من جملة المعوضين ، أو للمعبد لاستلزامه زوال الحجر عنه وتحريره ، أو للجميع لعدم المنافاة بينها ، فيجوز اجتماعها ؛ ثم قال بعد أن جعل الأخير هو التحقيق : «ويتفرع على ذلك المطالبة بالعتق ، فمن كان الحق له ، فله المطالبة به ، وأما عتقه عن الكفارة ، فإن قلنا الحق فيه لله تعالى لم يجز كالمندور وإن قلنا : إتيه للبايع فكذلك إن لم يسقط حقه ، وإن أسقطه جاز ، لسقوط وجوب العتق حينئذ ، وكذا إن قلنا : إتيه للعبد ، وعلى ما اخترناه لا يصح مطلقاً ، وشرط العتق مستثنى من الشروط القابلة لاسقاط مستحقها»

وفيه أنه لا ريب فى كون الحق من حيث الاشتراط للبايع ، وإن كان المشرط من حقوق الله ، كصوم أو صلوة ونحوهما ، ولذا يجرى عليه ما يجرى على باقى شرائط كالتسلط على الخيار عند عدم الوفاء به ونحوه ، وكون العتق حقاً لله لا ينافى كون اشتراطه حقاً للبايع ، فالأقوى جواز عتقه عن الكفارة مع الإسقاط بل ومع عدمه . بناء على ما ذكرناه من ظهور إرادة العتق كيف ما كان ، وكذا لو كان حقاً للعبد وما ذكره أخيراً من أن شرط العتق مستثنى من الشروط القابلة للإسقاط مستحقها وإن تبع به الشهيد فى الدروس ، قال فيها : «ولو أسقط البايع الشرط جاز إلا فى العتق لتعلق حق العبد وحق الله تعالى به ، لكن فيه نظر واضح : ضرورة تبعية حق الله والعبد لحق الاشتراط كما عرفت ، وإحبال الأمة ، بل إبلاؤها لا يمنع من عتقها المشرط ، ويجزى عند بخلاف التنكيل وإن كان يحصل بد العتق ؛ إلا أن للبايع الفسخ والرجوع بالقيمة أو الامضاء والمطالبة بأرض الشرط فى وجه على ما ستعرف .

لكن فى القواعد «وفى التنكيل إشكال» ولعله لصدق العتق ، ولا ريب فى ضعفه ، ضرورة ظهور الشرط فى غيره خصوصاً بعد عدم صحة اشتراطه لكونه معصيته . نعم لو صرح المشرط بأن المراد حصول الحرية كيف ما كان ، أمكن القول بالاجتزاء ، وإن عصى المشرط عليه باختياره كما هو واضح ، وكسب العبد قبل العتق للمشتري ، كما أن قيمته لو قتل له ، لكن يقوّم مشروط العتق ، كما فى التذكرة ، وإن كان فيه نوع تأمل ، بناء على رجوع البايع عليه لو فسخ بقيمته مطلقاً ، لعدم حصول الشرط له . وبما اقتضاه شرط العتق من النقصان لو أمضى ، ولو أطلق اشتراط العتق من غير تعيين كونه عن المشتري صحّ وحمل عليه بناء على عدم صحته عن البايع ، أما عليها فيحتمل الصحة والاجتزاء بالمسمى حينئذ بناء على عدم قدح مثل هذه الجهالة ، خصوصاً مع علم إرادة المشرط العتق كيف ما كان وإلا بطل إن لم يعين والله أعلم .

﴿أو﴾ بشرط أن ﴿يدبّره﴾ بإخلاف مطلقاً أو معيناً ، ويتخير الأول بين

المطلق والمقيد ، إلا أنه إذا اختار الثاني ولم يتفق في تلك السنة وجب عليه التدبير ثانياً ، لأن الغرض ترتب العتق ولم يحصل ، واحتمل في المسالك العدم ، للقيام بالشرط المطلق ، ولاريب في ضعفه كضعف ما فيها أيضاً من احتمال جواز رجوع المشتري في هذا التدبير نظراً إلى أصله ، ضرورة عدم صدق الوفاء بالشرط الظاهر في كون الغرض منه العتق بعد الموت ﴿أو﴾ بشرط أن ﴿يكاتبه﴾ بخلاف أيضاً كتابة مطلقة أو مشروطة بقدر أو أجل معينين ، ولو أطلق تخير المشتري بين المطلقة و المشروطة ، كما في المسالك ، وهو مؤيد لما ذكرناه من اغتفار نحو هذه الجهة .

ولو تشاح المشتري والعبد في القدر والأجل ، رجع إلى القيمة السوقية ، ولا يجب على المشتري النقصان عنها ، ولو طلب الزيادة أجبر على القيمة إن أمكن ، والانتخير البائع بين الفسخ والإمضاء ، والظاهر جواز رجوعه في المشروطة عند عجزه ، ضرورة إرادة الكتابة على حكمها من عبارة الشرط ، واحتمل في المسالك العدم ، ولاريب في ضعفه والله أعلم .

﴿ولو شرط﴾ المشتري ﴿أن لا خسارة﴾ عليه وأن يكون تلفه من البائع متى تلف أو إن غصبه غاصب رجع على البائع بالثمن ﴿أو شرط﴾ البائع في الأمة على المشتري ﴿أن لا يعتقها أو لا يبطأها﴾ أو لا يهبها أو لا يبيعها ﴿قيل يصح البيع ويبطل الشرط﴾ لكن قد سمعت المعتبرة (١) المتضمنة للجواز في الجملة ، إلا أنه في المحكي عن كشف الرموز ما رأيت أحداً عمل بها ، بل في مفتاح الكرامة أني لم أجده من تأمل أو خالف في بطلان الشروط الخمسة المتأخرة ، إلا الفاضل في التذكرة ، فإنه استشكل في بطلان اشتراط عدم البيع والعتق ، وظاهر النافع التأمل فيهما ، حيث قال : المروي الجواز ، وفي إيضاحه إن الجواز غير بعيد ، لأن بقاء الأمة عند المالك الصالح مطلوب اشتراط بقاء ملكه عليها ، وذلك لا ينافي كما في أم الولد ، ومنذور التصديق

به وهو جيد جداً إن لم يثبت إجماع ، وقد سمعت مافى الرياض من حكاياته الجواز عن بعض وميله إليه ، وأما الثلاثة الأولى فلا ريب في البطلان مع إرادة اثبات الاستحقاق شرعاً بالشرط لما عرفت من أنه ملزم لا مثبت لحكم. وسأل عبد الملك بن عتبة الرضا عليه السلام (١) «عن الرجل ابتاع منه طعاماً أو متاعاً على أنه ليس منه على وضعية هل يستقيم ذلك وكيف يستقيم وما حد ذلك ؟ قال : لا ينبغي» و يمكن إرادة الكراهة منه إذا لم يكن المراد من الشرط ما يرجع إلى إثبات حكم شرعي ؛ و قلنا : بعدم قدح مثل هذه الجهالة فيه بل هذا التعليق ، إلا أن الجميع كما ترى ، و منه يعلم الحال في الشرطين الأخيرين . وكيف كان فقد عرفت الضابط في الشرائط السائغة وغيرها ، وأنه لا يخرج عنه إلا بدليل كما هو مقتضى عموم قوله عليه السلام (٢) «المؤمنون عند شروطهم» وأن ما طفت به عباراتهم من البطلان المنافي لمقتضى العقد ، أقصى ما يمكن تسليمه فيه اشتراط أن لا يملك ونحوه مما يعود عليه بالنقص ، وقد يلحق به مثل أن لا يتصرف به أصلاً ، قال في الغنية «من الشروط الفاسدة بالاختلاف أن يشترط ما يخالف مقتضى العقد ، مثل أن لا يقبض المبيع ولا ينتفع به» وهو جيد إن أراد من الأمرين أمراً واحداً ، أما غيره مما هو في الحقيقة مناف لمقتضى إطلاق العقد لنفسه ، فلم يثبت بطلانه بل الثابت خلافه كما عرفت ، فلا حظ وتأمل .

إنما الكلام في صحة البيع المشتمل على الشرط الفاسد ، وبطلانه ؛ فالأول خيرة الإسكافي والشيخ والقاضي والعجلي وابن سعيد وأبي الأعلى ما حكى عن بعضهم وعن ابن زهرة موافقتهم ، والرياض وفي خصوص الشرط المخالف لمقتضى العقد أو للسنة محتجاً عليه بالإجماع ، وابن المتوج في الشرط الفاسد الذي لا يتعلق به غرض ، كما لو شرط أكل الطعام بعينه أو لبس ثوب ونحوه ، و الثاني خيرة الفاضل ولده والشهيدان والعليين وأبي العباس والأردبيلي والخراساني على ما حكى عن بعضهم و وافقهم أبو المكارم في خصوص غير المقدور من الشرط ، كأن يشترط عليه أن يجعل الرطب تمرأ بل قال : «إنه فاسد مفسد باختلاف» وظاهر جماعة منهم المصنف التوقف ، و كان الأول لا يخلو من

(١) الوسائل الباب ٣٥ من أبواب أحكام العقود الحديث ١-٣

(٢) الوسائل الباب ٤ من أبواب الخيار الحديث ١-٢

قوة ، للعموم وإجماع الغنية .

و صحيح الحلبي (١) الذى رواه المشايخ الثلاثة عن أبى عبد الله عليه السلام «أن بريرة كانت عند زوج لها وهي مملوكة فاشتريتها عايشة فأعتقتها ، فخيرها رسول الله ﷺ وقال : إنشأت تفرغ عند زوجها ، وإن شئت فارقته ، وكان مواليتها الذين باعوها شرطوا على عائشة أن لهم ولائها ، فقال رسول الله ﷺ الولاء لمن أعتق » . ومثله صحيحة عيص بن القاسم (٢) مؤيد بن بمارد في النكاح من الأخبار الدالة على صحة عقده وفساد الشرط فيه كصحيحة محمد بن قيس (٣) بل وخبر الوشا (٤) الذى اعترف فى المحكي من نهاية المرام بدلالته على عدم فساد العقد بفساد الشرط ، وحمل الصحيحين إلا ولين على ما عند العامة من بطلان الشرط مطلقاً مع صحة العقد ، يدفعه وقوع الخلاف عندهم فى ذلك ، حتى أنه من طريق ما يحكى عن محمد بن سليمان الدهلي (٥) قال : «حدثنا عبد الوارث بن سعيد قال : دخلت مكة زادها الله شرفاً فرأيت فيها ثلاثة كوفيين ، أحدهم أبو حنيفة وابن أبى ليلي وابن شبرمة ، فصرت إلى أبى حنيفة فقلت : ما تقول فيمن باع بيعاً وشرط شرطاً فقال : البيع فاسد والشرط فاسد فأتيت ابن أبى ليلي فسألته فقال : البيع جائز والشرط باطل ، فأتيت ابن شبرمة فسألته فقال : البيع والشرط جائزان ، فرجعت إلى أبى حنيفة ، فقلت له : إن صاحبك قد خالفك فقال : لست أدري ما قال ، حدثني عمر بن شعيب عن أبيه عن جدّه أن النبى ﷺ نهى عن بيع وشرط ، فأتيت ابن أبى ليلي فقلت له : إن صاحبك قد خالفك ، فقال ما أدري ما قال ، حدثني هشام بن عروة عن أبيه عن عائشة أنها قالت : لما اشتريت بريرة جارية تى شرط على

(١) الوسائل الباب ٣٧ من ابواب العتق الحديث ٢

(٢) الوسائل الباب ٣٧ من ابواب كتاب العتق الحديث ١

(٣) (٢) الوسائل الباب ٣٨ و ٣٩ من ابواب المهور الحديث ١-٢

(٥) المستدرج ج ٢- ص ٢٧٢ .

مواليها أن أجعل ولائها لهم إذا أعتقتها ، فجاء النبي ﷺ وقال : الولاء لمن أعتق ، فأجاز البيع وأفسد الشرط ، فأثبت ابن شبرمة فقلت له : إن صاحبك قد خالفك ، فقال : لست أدري ما قال ، حدثني مشعر بن حمار بن زياد عن جابر بن عبد الله قال : ابتاع النبي ﷺ مني بعيراً بمكة فلما نقدني الثمن ، شرطت أن يحملني إلى المدينة ، فأجاز النبي ﷺ البيع والشرط ، فحملها على التقية مع هذا الاختلاف كما ترى ، بل مارواه ابن أبي ليلى مؤيد لهما ، وإن توهم منه البطلان في سائر الشرائط ، كما أنه يؤيدهما أيضاً ما أرسله في الغنية ؛ من خبر بريرة (١) بل الظاهر أنه من المستفيض بين العامة والخاصة ، وهو ظاهر في المطلوب واحتماله أمراً آخر لا يرفع الظهور الذي هو مناط الأحكام ، كل ذلك مضافاً إلى أن مدخلية الشرط في الترضي لا تزيد على مدخلية الثمن والمثمن ، وبطلان العقد في أعضائها لا يسري إلى بطلان الآخر حتى فيما كانت الهيئة الاجتماعية مطلوبة وملحوظة ، بل أقصاه ثبوت الخيار للتضرر ، ولا بأس بالتزامه هنامع الجهل بالفساد ، بل لعل القائلين ببطلان الشرط خاصة يلتزمون بذلك وإن لم يصحوا به ، ولعله لمعلومية .

ودعوى أن الشرائط في العقود ملحوظ فيها معنى الشرطية يدفعها معلومية بطلان التعليق فيها ، سواء كان للزوم أو الصحة أو للرضا ، مع أن مقتضى الأول انتفاؤه بانتفائه للصحة ، ومرجه إلى اشتراط الخيار بشرط ولو سلم صحته ، فمن المعلوم عدم إرادته كمعلومية عدم صحة التعليق عليه في الأخيرين ، ولذا حكى عن فخر المحققين أنه قال : إن كون هذه شروطاً مجاز ، لأنها تابعة للعقد ، والعقد سبب فيها ، فلا يعقل كونها شرطاً له ، وإلدار ، بل هي من صفات البيع ، تختلف الأغراض باختلافها ، لكن في جامع المقاصد لا محصل لهذا الكلام ، فإنها شروط للبيع الذي هو انتقال المبيع من البائع إلى المشتري ، لا شروط العقد ، وقد عرفت فيما سبق أن البيع ليس هو نفس العقد ؛ حتى لو كان نفس العقد امتنع كونها مشروطاً له ، بل للإنتقال الذي هو أثره

وكيف يعقل أن هذه الشروط شروط للعقد الذي هو الإيجاب والقبول .

ثم قوله إن هذه صفات للبيع ليس بجيد ، إلا بناء على أن البيع هو العقد ، فكونها صفات له لا ينافي كونها شروطاً لأثره ، وأما إن فقدتها لا يستلزم أرساً فلا دخل له فيما نحن فيه ، بل هذا ملتفت إلى أن الأمور المشترطة ، لما لم تكن داخلة في نفس مسمى البيع ، لم يكن بازاؤها شيء من الثمن ، لأن الثمن في مقابل المبيع وأجزائه وإن كان قد يزيد بوجود بعض الصفات ، لأن زيادته على أنه في مقابل المبيع ملحوظاً فيه مقابل الصفة المعينة ، فإن الثمن للمبيع باعتبار المقابلة ، وليس في مقابلة الصفة منه شيء .

وفيه أن كونها شروطاً لأثر العقد مستلزم للتعليق المنافي لسببية العقد ألهم إلا أن يريد كون الشرط ملك المشروط ، وهو أمر مقارن لأثر العقد يحصل معه بحصوله فليس من التعليق المنافي ، لكن فيه أن ذلك حكم الشرط المستفاد من قوله الشرط (١) «المؤمنون عند شروطهم» لأنفس الشرط ، ضرورة كون الفعل المشترط لأملكه ، وارتكاب هذا التجوز - مع أنه خلاف قصد المتعاقدين - ليس بأولى من إرادة الالتزام من الاشتراط ، كما هو معناه لغة ، وإليه أومى الفخر ، ومراده أن العقد إذا صار سبباً في لزومه ، لم يعقل كونه شرطاً له ولولتأثيره الذي ذكره المحقق الثاني ، على أن المرجع في تأثير العقد الأدلة الشرعية التي دلت على تسببه ، فلا يعقل اشتراط حصول أثره بشيء من غير الشارع ، وأدلة الشروط قاصرة عن إفادة ذلك ، بل هي ظاهرة في إرادة أن كل ما يلتزمه المؤمنون في عقد من العقود اللازمة يلتزم به ، ردّاً على ما عن بعض العامة من بطلان الشرط في العقد خاصة ، أو هو مع العقد كما سمعته من أبي حنيفة وابن أبي ليلى .

وإليه يرجع ما عن المذهب البارع في الجواب عن الدور المقرر على تقدير

القول ببطلان العقد مع بطلان الشرط ، من أن لزوم الشرط وصحته فرع على صحة البيع ، فلو كانت موقوفة على صحته لزم الدور ، وقال في الجواب عن ذلك : « إن تسويغ الشرط ليس شرطاً في الحقيقة لصحة البيع حتى يلزم الدور ، بل هو من صفات البيع ، فما كان منها سائغاً داخلاً تحت القدرة لزم باشتراطه في العقد ، كما لو شرط صفة كمال في البيع وإن لم يكن سائغاً بطل العقد لأن حيث فوات شرطه ، بل من حيث وقوع الرضا عليه ، وشرط الصحة إنما هي الأمور المذكورة في أوائل الكتاب ككمال المتعاقدين ونحو ذلك » و مرجع ما ذكره أخيراً إلى ما قيل من أن التراضي إنما وقع على المبيع مع الشرط ، فمع إئتفائه ينتفى فلا يكون تجارة عن تراض ، فيبطل لكونه شرطاً في الصحة إجماعاً . وفيه - بعد الغض عن اقتضائه البطلان إذالم يوف بالشرط السائغ - أن التراضي وقع معه ؛ لا لفقيدابه ، كما لو شرط كون العبد كاتباً مثلاً ، أو اشترى العبدین جميعاً ، فبين أنه غير كاتب أو أن أحد العبدین ليس ملكاله ، كان البيع صحيحاً كما صرح به غير واحد ، بل قد يظهر من جامع المقاصد الإجماع عليه ، وإن كان يثبت له الفسخ ، مع أن التراضي لم يتحقق إلا على الوجه الذي ليس بواقع ، والفرق بين المقامين غير واضح بل قد اعترف في جامع المقاصد أن فيه عسراً ، و دعوى أن الأوصاف والاجتماع إذا أخذت قيداً كالشروط يبطل البيع أيضاً بائتفائه ، وإنما يثبت له الخيار إذا كانت لأعلى وجه القيدية - سفسطة لا محصل تحتها ، كالقول بأن منشأ البطلان في المقام أن الشرط له قسط من الثمن ، فإنه قد يزيد باعتباره وينقص ؛ فإذا بطل ، بطل ما بازائه من الثمن ، وهو غير معلوم فتطرق الجهالة إلى الثمن فيبطل البيع ، إذ هو بعد معلومية عدم توزيع الأثمان على الشروط ، وأنها كالأوصاف التي يزيد الثمن وينقص بها كما ترى ، خصوصاً بعدما سمعته من جامع المقاصد في توضيح عدم مقابلة الشرط للثمن . نعم قد عرفت إنا نقول بثبوت الخيار له ، لفوات الشرط كفوات الوصف من غير فرق في ذلك وفي غيره مما ذكرنا من جميع الشروط الباطلة ، سواء كان البطلان

لعدم القدرة أو غيره ، و نفى الخلاف عن بطلانه خاصة في الغنية لم تتحققه ، كظهور الإجماع من محكي إيضاح النافع ، حيث قال : عليه الفتوى ، وسواء كان المقصود بالذات الشرط الفاسد ، و جيء بالبيع تبعاً أو بالعكس ، و سواء كان مما لا يتعلق به غرض كأكل الهريسة وغيره ، بل في المحكي عن التذكرة أن الأول لا يقتضى فساد العقد عندنا .

نعم قد يتجه البطلان فيهما معاً لو كان البطلان لجهالة في الشرط ، بحيث تؤدي إلى أحد العوضين ، فيبطل العقد حينئذ للجهالة للبطلان الشرط ، بل كل شرط باطل يستلزم إقتضاء شرط من شرائط العقد المعلومة ، أو وجود مانع يقتضى بطلان العقد معه ، ولعل منه ما بعد على العقد بالنقص ، أما غير ذلك ، فالأقوى فيه ما سمعت ، وقد ظهر لك من جميع ما ذكرنا حجة القول المقابل وجوابها ، وأضعفها الاستناد إلى أصالة عدم الإقتبال التي يكفي في قطعها عموم الأدلة ، فضلاً عما عرفت هذا .

وقد استفاد من مجموع ما ذكرنا خصوصاً ما سمعته في الرد على ما في جامع المقاصد أنه ينبغي أن يكون النزاع في الشرط المطلق ، أما إذا علم إرادة مجرد الإلزام به من غير تعليق ، فلا إشكال في عدم اقتضاء فساده فساد العقد ، كما أنه لا إشكال في اقتضائه ذلك إذا علم إرادة تعليق الصحة على ملكه على النحو الذي سمعته من ثانی المحققين لو سلمنا صحته بل التحقيق عدسها ، فمحل البحث في الشرط المطلق الذي لم يعلم إرادة المشترط منه أحد الأمرين ، ولا كان في العبارة دلالة على أحدهما فتأمل جيداً والله أعلم .

﴿ ولو شرط في البيع ﴾ مثلاً ﴿ أن يضمن إنسان بعض الثمن ﴾ معيناً أو مطلقاً إن قلنا بصحته ﴿ أو كله صح البيع والشرط ﴾ بخلاف ، للعموم ، وكذا لو اشترط الرهن أو الكفيل أو الشهادة ، إلا أن في القواعد الأقرب وجوب تعيين الرهن المشروط إما بالوصف أو المشاهدة ، و تعيين الكفيل بالاسم والنسب و المشاهدة ، أو الوصف كرجل موسر ثقة ولا يفتقر إلى تعيين الشهود ، بل الضابط العدالة ، فلو عينهم فالأقرب

تعيّنهم وتبعه على ذلك كله غيره ، وقديم منع وجوب التعيين للرهن والكفيل والضامن ، خصوصاً بناء على ما ذكرنا من اغتفار نحو هذه الجهالة في الشرط ، بل وعلى غيره أيضاً ، فيصح الإطلاق حينئذ ، لكن يحمل على الصالح للاستيفاء ، كما صرح به في الدروس و غير هـ بناء على الاجتزاء بالإطلاق ، لا أنه يجتزى بمسماه ، وإن احتمله في المحكي عن الإيضاح إلا أنه كما ترى .

واختلاف الرغبات في الاعيان ، والناس في الاستيفاء وسهولة البيع وشدة حاجة الراهن إلى الفك ونحو ذلك لا يوجب جهالة قاذحة ، إلا لاجاء مثله في الشهود ، وعدم صحة رهن المجهول ، لا ينافي الجهل به حال اشتراطه وإن علم حال ارتثائه ، فالمراد كونه مجهولاً حال الاشتراط ، لا حال الارتثان ، وهما غيران و يجوز رهن المبيع على الثمن من غير شرط قطعاً ، بل ومعه على الأقوى خلافاً للمحكي عن الشيخ والحلي للعموم ، وليس من رهن ما لا يملك ، ولا قبل ثبوت الدين ، إذ هو اشتراط لرهنه بعد الملك ، كهفته ، والموجود في العقد اشتراط رهنه لارهنه كى يشترط فيه ثبوت الدين وملكية الرهن .

وليس البيع يقتضى ايفاء الثمن من غير ثمن المبيع ، بل أقصاه أنه لا يقتضى إيفاء من ثمن المبيع ، وهو أعم ، فلا ينافى اشتراط الرهن المقتضى لايفاء الثمن منه ، كما أن رهانته عند البايع تخرجه عن كونه مضموناً على البايع ، فلا يتنايان ، و ليست صحة البيع موقوفة على رهنه لو اشترط . نعم ملكية رهنه موقوفة على صحة البيع فلا دور حتى لو قلنا بتوقف لزومه على الرهن إذ الصحة غير اللزوم .

وكيف كان فلو اخل المشتري بما اشترط عليه من الرهن أو الكفيل أو الضامن أو غير ذلك ، تخير البايع بعد تعذر الايجاب كما استعرف ، وكذا يتخير لو هلك الرهن أو تعيب قبل القبض ، بناء على اشتراط القبض في الرهن أو وجد به عيباً قديماً وليس له المطالبة بالابدال أو الارش اما لو هلك أو تعيب بعد القبض فلا خيار ، لأصالة اللزوم بعد الوفاء بالشرط كما هو واضح ، ولو اختلفا في زمن حدوث العيب ففي تقديم قول الراهن وقول

المرتبهن وجهان . والله أعلم .

﴿تفريع : إذا اشترط العتق في بيع المملوك ، فإن أعتقه ، فقد لازم البيع﴾
بلاخلاف ولا إشكال ؛ ﴿وإن امتنع ، كان للبائع ﴾ إجباره كما في كل شرط على
الأقوى ، إن كان مما يجبر عليه ، لاما إذا كان من صفات المبيع ، كما لو اشترط كونه
كاتباً وشاعراً ، لوجوب الوفاء به عليه كتاباً (١) وسنة (٢) وإجماعاً محكياً عن الغنية
والسائر إن لم يكن محصلاً ، خصوصاً بعد ملاحظة كلامهم في باب القرض ، من أنه
لو أجزله في عقد لازم لازم ، لكن قال الشهيد في اللعة : «لا يجب على المشتري عليه
فعله ، وإنما فائدته جعل البيع عرضة للزوال بالفسخ ، عند عدم سلامة الشرط ، و
لزومه عند الاتيان به » وهو كما ترى .

ونحوه ما عنه أيضاً في بعض تحقيقاته ، من أن الشرط الواقع في العقد اللازم ،
إن كان العقد كافياً في تحققه ، ولا يحتاج بعده إلى صيغة فهو لازم لا يجوز الإخلال به ،
كشرط الوكالة في العقد ، وإن احتاج بعده إلى أمر آخر و راء ذكره في العقد ،
كشرط العتق فليس باللازم ، بل يقلب العقد اللازم جائزاً ؛ وجعل السرفيه أن اشترطه في
العقد كاف في تحققه كجزء من الإيجاب والقبول ، فهو تابع لهما في اللزوم والجواز ،
واشترط ما سيوجد أمر منفصل عن العقد ، وقد علق عليه العقد ، والمعلق على الممكن
ممكناً ، وهو معنى قلب اللازم جائزاً ، وإن كان هو أجود مما في اللعة ، إلا أنهما
معاً مشتركان في اقتضاء الأدلة خلافهما ، و لعل منشأهما معاً تخيل التعليق في الشرط
هنا ، بل كاد يكون الثاني كالصريح في ذلك .

وقد عرفت أن ليس المراد منه هنا إلا الالتزام ، ولو سلم فقد سمعت ما ذكره المحقق
الثاني من أن الشرط حينئذ هو أن يملك عليه الأمر المشتري ، وهو حاصل بنفس العقد
من غير حاجة إلى أمر آخر ، وليس هو معلقاً على أمر ممكن ، بل قد علق على شيء
حصل بتمام العقد ، فالممكن حينئذ متعلق الشرط لاهو فتأمل جيداً .

(١) سورة المائدة الآية ١

(٢) الوسائل الباب ٤ من أبواب الخيار الحديث ١-٢-٣

بل لولا الاجماع - ظاهراً على ثبوت الخيار في حال تعذر الاجبار ، مضافاً إلى حديث الضرار (١) وخبر أبي الجارود (٢) عن أبي جعفر عليه السلام «إن بعث رجلاً على شرط ، فإن أتاك بمالك ، وإلا فالبيع لك» بناء على أن المراد منه لزومه لك ، نحو قولهم عليهم السلام في غيره «فلا بيع له» - لأمكن عدم القول بثبوت الخيار أصلاً ، لما عرفت ولأن الشرط من طرف البائع مثلاً كالثمن ، فإن الامتناع منه في غير التأخير ثلاثة أيام بالشروط السابقة لا يؤثر خياراً على الأصح ، لأصالة اللزوم ، ومن ذلك يعلم أن المتجه الاقتصار على المتيقن من ثبوت الخيار ، ولعله حال تعذر جبره على الحاكم لاعلى من له الشرط ، وإن كان قد يظهر من بعض الأصحاب سهولة الأمر في ثبوت الخيار ، حتى لو احتاج إلى رفع أمره إلى الحاكم والمراجعة والإنتظار ونحو ذلك لم يجب عليه ، وربما يشهد له خبر أبي الجارود ، وحديث الضرار ، إلا أن الأحوط ما عرفت .

وعلى كل حال فله أي البائع إذا تعذر إجبار المشتري على العتق **﴿خيار﴾** في **﴿الفسخ﴾** و رد المبيع مثلاً ، والإمضاء بالثمن ؛ وليس له أرش الشرط على المشهور بين الأصحاب لأنه وصف في المعنى ، ولا يقابل بالثمن **﴿و﴾** كذا **﴿إن مات العبد قبل عتقه كان البائع بالخيار﴾** المزبور **﴿أيضاً﴾** إلا أنه إذا فسخ يرجع بالقيمة وقت الموت ؛ لأنه وقت الانتقال أوجين القبض ، أو منه إلى الموت وجوه أقواها عندنا الأولى ، لأنه وقت قيام القيمة مقام العين في تعلق الحق الذي كان متعلقاً بالعين ، ولو كان متعلقاً على تعذر الفسخ ، ولم أجد من احتمل حال الفسخ هنا ؛ كما ذكره في بعض المباحث السابقة .

وعلى كل حال فالخيار بين الفسخ والإمضاء بالمسمى ، لكن في القواعد ولو مات أو تعيب بما يوجب العتق أي قهراً ، رجع البائع بما نقصه شرط العتق ، فيقال كم

(١) الوسائل الباب ١٧ من ابواب الخيار الحديث ٣-٥

(٢) الوسائل الباب ٧- من ابواب الخيار الحديث ٢

قيمته لو بيع مطلقاً و بشرط العتق فيرجع بالنسبة من الثمن ، و له الفسخ فيطالب بالقيمة ، وفي اعتبارها إشكال ، بل احتمال في التحرير أن له الأرض المزبور خاصة من غير خيار ، ولا ريب في ضعفه ، بل قد يظهر من المسالك الإجماع على خلافه ، كاحتمال عدم الخيار والأرض أصلاً ، حتى لو كان عدم الشرط بتفريط من المشتري ، أما الأول وإن قال الشهيد في حواشيه : إنه المنقول ، بل قيل إنه حكاه في المبسوط قولاً ، و وجه بأن الشرط يقتضي نقصاناً ولم يحصل ، و مقتضاه ثبوت الحكم في كل شرط تعذر الوفاء به .

ففيه - مضافاً إلى أن الشروط لا يوزع عليها الثمن ، وإن حصل باعتبارها نقصاناً ، كالأوصاف و التدليس الذي صرحوا بعدم الأرض فيه - أن الأرض لا يدرك به مصلحة الشرط ، ضرورة أنه برجوعه زائداً على المستقى على نسبة التفاوت بين القيمتين ، يصير كأنه باعه من دون اشتراط عتقه ، فلم يحصل به مصلحة الشرط ، و لعل هذا هو السر في عدم الأرض للشرائط و الأوصاف ، بخلاف العيوب التي ثبتت الأرض فيها أيضاً بالأدلة .

نعم قد يقال : بالقيمة للشرائط القابلة للتقويم ، قال في التذكرة : «لو شرط على البائع عملاً سائفاً تخيير المشتري بين الفسخ والمطالبة به أو بعوضه إن فات وقته ، وكان مما يتقوم كماله بشرط تسليم الثوب مصبوغاً ، فأناه به غير مصبوغ و تلف في يد المشتري ولو لم يكن مما يتقوم تخيير بين الفسخ و الإمضاء مجانياً ، ولو كان الشرط على المشتري مثل أن باعه دابة بشرط أن يصبغ له ثوبه ، فتلف الثوب تخيير البائع بين الفسخ و الإمضاء بقيمة الفائت إن كان ماله قيمة و إلا مجانياً وهو لا يخلو من وجه والله أعلم .

﴿النظر السادس في لواحق من احكام العقود﴾

﴿الصبرة لا يصح بيعها إلا مع المعرفة﴾ ما يرفع جهالتها من ﴿كيلها أو وزنها﴾ أو عدها أو نحو ذلك مما هو شرط صحة البيع كما عرفت سابقاً ، فإذا عرفها صح بيعها أجمع وبيع جزء منها مشاع ثلث أو ربع ، وبيعها كل قفيز منها بدرهم ، وبيع قفيز منها ، أما بيع كل قفيز منها بدرهم ، فلا يصح ، للجهل بقدر المبيع المستلزم للجهل بقدر الثمن ، خلافاً للإسكافي ، فأجازه في المجهولة ﴿ف﴾ ضلاً عن المعلومة كما سسمع و ﴿لوبياعها﴾ إي الصبرة ﴿أو جزءاً منها مشاعاً﴾ أو كل قفيز منها بدرهم ﴿مع الجهالة بقدرها لم يجز ، وكذا لو قال : بعثك كل قفيز منها بدرهم ، أو بعثكها كل قفيز بدرهم﴾ خلافاً للإسكافي في الجميع و ظاهر الشيخ في الثالث ، إلا أن الأول حكى الفاضل في المختلف عنه بالنسبة إلى الصورة الأولى ، جواز بيع الصبرة تارة اكتفاء بالمشاهدة عن اعتبارها ، و أخرى أنه لا بأس ببيع الجزاف بالجزاف مما اختلف جنسهما ، لأن المقضى وهو البيع موجود ، والمعارض منتف ، لأنه إما مانع؛ الجهالة أو هو منتف بالجهالة ، هكذا وجد في المختلف و الصواب «بالمشاهدة» أو مانع تطرق الربا وهو منتف باختلاف الجنس ، لكن لا ريب في ضعفه على كل حال ، بل يمكن تحصيل الإجماع على خلافه ، فضلاً عن محكيه في المختلف عليه ، إذ الجهالة نفسها مانعة ، للنهي عن الفرر (١) والمشاهدة غير كافية في ذلك قطعاً .

وأما الصورة الثالثة ففي المختلف «أنه أطلق الصحة فيما إذا قال : بعثك هذه الصبرة كل قفيز بدرهم ، ولم يتعرض لكونها معلومة أو مجهولة» وعن ابن جنيد «أنه لو وقع البيع على صبرة بعينها ، كل كرت بكذا أو مائة كرت منها بكذا فقبض المشتري

البعض أولم يقبض ، ثم زاد السعر أو نقص ، كان باقى الصبرة أو المائة للمشتري بالسعر الذى قاطعه عليه ، وأما اذا اشترى كل كرمها بكذا و لم يشترط جميع الصبرة ، ولا مقدار معلوماً ، كان بقدر ما وزن بسعر يوم الشراء ، وظاهر الصحة فيهما .

وفى المختلف إن التحقيق الصحة إذا كانت معلومة المقدار ، وإلا احتمل البطلان فى الجميع ؛ والصحة فى قفيز واحد كما قاله أبو حنيفة ، أما بطلان البيع فى الجميع ، فلانه مبيع مجهول المقدار ، والتمن فيه غير معلوم فكان باطلا ، وأما صحته فى قفيز فلان بيع كل قفيز يستلزم بيع قفيز ما ، فيصح ، لتعينه و تعين ثمنه « و قول الشيخ يقتضى الصحة فى الجميع ؛ لانه نقل كلام أبى حنيفة ولم يرتضه ، واختار كلام الشافعى ، ومذهبه صحة الجميع ، وعلى كل حال فضعف الجميع واضح ، وإن اختلفت مراتبه ، ضرورة صدق الفرر فيه ، الذى لا يزول بالتقدير المزبور قطعاً ، والصحة فى الواحد بعد أن لم يكن مقصودا لهما كما ترى ، نحو الصحة فى الصورة الرابعة التى لم يعلم قدر المبيع ﴿و﴾ لا قدر الثمن .

نعم ﴿لو قال : بعثك قفيزاً منها ، أو قفيزين مثلاً صح﴾ كالمعلومة بالاخلاف ولا إشكال إذا علم اشتغالها عليه ، بل ظاهر اللمعة ذلك وإن لم يعلم إلا أنه يجبر نقص المبيع لو تحقق بالخيار ، وفيه أنه لا غرر أعظم من الشك فى الوجود ؛ و لعله لذا كان خيرة الأكثر العدم إلا أنه ينبغى تقييد، بما إذا لم يكن هناك طريق شرعى يقتضى وجوده من أصل أو غيره ، ولعل من اعتبر العلم أراد ما يشمل ذلك ، بل يمكن إرادة ما يشمل الاطمينان منه والامر سهل .

إنما الكلام فى أنه هل ينزل على الإشاعة فى الصورتين ، أو يكون المبيع ذلك المقدار فى الجملة و تظهر الفائدة فيما لو تلف بعضها ، فعلى الإشاعة يتلف من المبيع بالنسبة ، و على الثانى يبقى المبيع ما بقى قدره ، ويرجح الاول ، عدم معهودية ملك الكلى فى غير الذمة لاعلى وجه الإشاعة ، بل ينحل إلى جهالة المبيع وإبهامه ، وما تسمعه فى بيع الثمار من أن

استثناء البايع أرتالا معلومة ينزل على الإشاعة من غير خلاف فيه بينهم قالوا :
فلو خاست الثمرة بأمر من الله تعالى مثلا ؛ وزع على النسبة وهو مثل المقام كما اعترف
به في الدروس .

لكن في الصحيح (١) « رجل اشترى من رجل عشرة آلاف طن في أنبار بعضهم
بعض من أجمه واحدة والانباء فيه ثلاثون ألف طن » ، فقال البايع : بعثك من هذا
القصب عشرة آلاف طن فقال المشتري : قد قبلت ورضيت ، فأعطاه من ثمنه ألف درهم ،
ووكل المشتري من يقبضه ، فأصبحوا وقد وقع في القصب نار فاحترق منه عشرون ألف
طن ، وبقي عشرة آلاف طن ، فقال عشرة آلاف التي بقيت هي للمشتري ، والعشرون التي
احترقت من مال البايع ، وهو يؤيد الثاني وبه يفرق بين ما هنا ، وبين ما في بيع الثمار ،
إلأنه قد يشكل صحة أصل البيع فيه بجهالة عين المبيع فيه الموجبة للضرر المنفي (٢)
الموجب لفساد المعاملة ؛ وصرح الاصحاب فيما لو باع شاة غير معلومة من قطيع -
بالبطلان وإن علم عدد ما اشتمل عليه من الشياة لتفاوت أنماها ، بل صرحوا بالبطلان
فيما لو فرقت الصبرة صيعانا متمايزة ، و اشترى مقداراً منها ، فالاطنان إن كانت قيمية
فمن الاول ، وإلا فمن الثاني .

اللهم إلا أن يلتزم الأخير ويكون البيع غير ملاحظ فيه خصوص ذلك التميز ،
وإنما المراد مقداره ، حتى لو أراد البايع تغيير الاطنان من غير نقصان للمقدار كان له
ذلك لأن المفروض أن الجميع من أجمّة واحدة ، فيصح حينئذ لأنه كبيع المقدار
المعلوم من الصبرة .

ولكن على كل حال فالمتجه الجمود على النص في خصوص البيع بالفرض المزبور
ولا يتعدى منه إلى غيره ، كالصالح و ثمن الإجارة ومهر النكاح ونحو ذلك بناء على ما
سمعت من أن ملك الكلى في العين الخارجية لا يكون إلا على الإشاعة وفرض المسألة

(١) الوسائل الباب ١٩ من ابواب عقد البيع وشروطه الحديث - ١

(٢) الوسائل الباب ١٧ من ابواب الخيار الحديث ٣- ٥

كون المبيع في الذمة ، و شرط التأدية من الصبرة خروج عن موضوع البحث و مقتضاه عدم البطلان ، حتى لو تلفت الصبرة أجمع ؛ وإن تسلط على الخيار بانعدام الشرط .
 بقى شيء و هو أن منشأ الوجهين على الظاهر ، الاختلاف في تعيين مراد المتعاملين من العبارة التي هي مورد العقد ، لأن ذلك حكم شرعي وإن لم يقصداه ، فيخرج عن محل البحث حينئذ ما صرح فيه بقصد الإشاعة أو الكلي ، إلا أنه قد يشكل صحة الثاني ، بناء على عدم ملك الكلي في غير الذمة لا على وجه الإشاعة وخبر الاطنان (١) لادليل فيه على صحته ، بل هو أعم منه ومن الإشاعة ، وإن كان قد خولف مقتضاها بجعل التالف عن البائع خاصة ، فيكون حكماً مباشراً تعديلاً لا يقاس عليه غيره .

بل قد يقال : إن هذا المعنى حكم مطلق يبيع الصاع من الصبرة ، أما لو صرح به فلا دليل على جوازه وقد يحتمل في أصل المسألة أن منشأ الوجهين الاختلاف فيما تقتضيه الأدلة الشرعية في بيع مطلق الصاع من الصبرة من غير مدخليه لتعرف قصد المتعاملين ، بل لو علم خلوهما عن الأمرين معاً ، جاء الوجهان أيضاً ولم يحكم بفساد المعاملة ، فتأمل جيداً ، فإن التحقيق التنزيل على الإشاعة ، ضرورة كونه كالمالين المختلطين ، أو كالمال الذي اشترى أبعاضه ، هذا كله فيما يتوقف رفع جهالته على الاعتبار .

﴿و﴾ أما ﴿بيع ما تكفي فيه المشاهدة﴾ فإنه ﴿جائز﴾ مع حصولها بلا خلاف ولا إشكال ، لحصول المقتضى وانتفاء المانع ﴿كأن يقول : بعتك هذه الأرض﴾ أو هذا الثوب ، ﴿أو هذه الساجة﴾ بالجيم ﴿أو جزء منها مشاعاً﴾ من غير مسح لها ، بناء على كفاية المشاهدة في الثلاثة كما هو الأقوى ، خلافاً للشيخ في المحكي من ظاهر خلافه ، فمنع في الأولين من دون مسح ، ولا ريب في ضعفه ، سيما بعد اقتضاء العمومات الجواز ولا عارض وكذا ما لا يكون المتمتعين في معرفته ، كقطع الغنم ، و جملة النخيل والشجر وصبرة الكتب ونحو ذلك ، فيصح شراؤه بعدم مشاهدة كل واحد مثلاً

على وجه يعلم به ، وإن لم يعرف عدّه ضرورة عدم كونه كالدرهم ﴿و﴾ نحو هامما يتوقف معرفته على عدّه كما هو واضح .

نعم ﴿لو﴾ أراد بيعها ذراعاً فأف ﴿قال﴾ بعتموها كل ذراع بدرهم لم يصح إلامع العلم بذرعانها ﴿بجملتها﴾ ، لحصول الجهالة في الثمن ، وإن كانت هي معلومة بالمشاهدة على وجه يصح بيعها ، وهذا هو الفارق بينها ، وبين الصبرة المعلومه حيث صح بيعها كل قفيز بدرهم لأن معلوميتها ، انما تكون من جهة الكيل ، فيستلزم العلم بقدر الثمن ، ولو اكتفينا بالمشاهدة فيها كما ذهب اليه ابن الجنيد ، اشترط في بيعها كل قفيز بدرهم معرفة ما شتمل عليه منه ليحصل بذلك العلم بقدر الثمن .

﴿ولو قال بعتم عشرة أذرع منها وعين﴾ ابتداء ﴿الموضع﴾ ومنتهاه ﴿جاز﴾ قطعاً بل في المسالك ومحكي التحرير الإجماع عليه ، لكونه معلوماً بالحد والمشاهدة ، فهي عين مشخصة لاجهالة في شيء منها ، ولوعين المبتداء أو المنتهى ، فقال : من هنا إلى حيث ينتهى ، أو إلى هنا من حيث يبتدى ، صح أيضاً مع فرض تشخص المبيع بدايته و نهايته في الواقع ، وإن جهل ذلك المتشخص ، إلا أن جهله ليس لصديقه على كثيرين ، بحيث تكون أفراد أله حتى يكون المبيع كلياً من بعض الجهات بل كان الجهل لعدم العلم بخصوص المحصل الذي تنتهى اليد العشرة ومثله غير قاذح للأصل سواء كانت اجزاء الأرض أو الثوب متساوية أو مختلفة لأن الفرض مشاهدته لها أجمع ، فارتفع الغرر من هذه الجهة ، وليست هي بأعظم غرراً من بيع الثوب والأرض برؤية بعضها الذي لا خلاف في جوازه ، ولأن بيع شيء مع عدم العلم بدخول ما يدخل فيه تصرفاً : مما يجوز معه النزاع ، بل هذه الجهالة عند التأمل : كالجهالة بوزن العشرة أفقزة مثلاً أو بعلو الصبرة التي تحصل منها أو نحو ذلك ، ما لا تعد جهالة في العرف ولذا استمر العمل على مقدار الأذرع من الثياب من دون علم بما ينتهى إليه ذلك المقدار من المذرع منه استمراراً يمكن تحصيل العلم بتقرير المعصوم منه .

فما في الدروس وعن المبسوط والخلاف وابن ادريس والقاضي والمقدس الاردبيلي من الصحة حينئذ قوي جداً ، بل قيل إنه خيرة الارشاد وشرحه لولده ، لكن عن غاية المراد أنه حكى ولد المصنف عن والده إصلاح صح «بلم يصح» حتى يوافق ما في كتبه وفي المسالك وإن الأجود الصحة مع تساوي الأجزاء أو تقاربها ، وإلا فالبطالان أجود » وكأنه أخذ ممان عن غاية المراد من أنه قد ينصر الشيخ بأن هذا الاختلاف غير قاصح لأنه اختلاف مقارنة لمفارقة مع غلبة تساوي الأجزاء المتجاوزة ، وحينئذ فالأولى أن يحمل قوله تساوي أجزاء الأرض غالباً أو تقاربها ، وفيه أنه بناء على ما ذكرنا لافرق بين تساوي الأجزاء واختلافها ، لأن جهاتها تتبع الكلي إذالم يكن مشاعاً منها ، أما إذا كان شخصياً مشاهداً فلا جهالة فيه .

فالأولى بناء كلام الشيخ على ذلك ، لأعلى ما ذكرناه وإلا لانتج الصحة وإن لم يعين المبدأ ولا المنتهى كما في الصبرة ، لكون الفرض التساوي ، أو التقارب ، وقد صرح غير واحد بعدم الجواز بناء على عدم تساوي الأرض و كذا الثوب ، ولذا قال: في المتن «ولو أبهمه» أي الموضع «لم يجز إجهالة المبيع ، و حصول التفاوت في أجزائها ، بخلاف الصبرة» نعم في الدروس أنه لو باعه ذراعاً من ثوب معلوم المساحة وقصداً معيناً أو أن يختار أحدهما ماشاء ، بطل ، وإن قصد الإشاعة صح ، وهو كذلك ، إلا أنه غير ما نحن فيه .

ومن ذلك كلمة ظهر لك أنه لو عين المبدأ أو كان المبيع عشرة أذرع كلية بالنسبة إلى غير محل الابتداء لم يصح قطعاً كما إذا لم يعين مبدأ المبيع ، وإن عين ما فيه المبيع بداية ونهاية بناء على اختلاف أجزاء الأرض على وجه لا يمكن رفعها بالكلي ، وإن شوه جميع أفراد الدائرة بينها ، اللهم إلا أن يقصد الإشاعة ، فقد يقال: بالصحة ، كما سمعته من الدروس وإن لم يعلم مساحة الأرض ، إذا كان المبيع أذرعاً معلومة ، لكون المبيع حينئذ حصّة مشاعة مقدرة بالعشرة أذرع مثلاً والجعل

بنسبتها إلى المجموع حال العقد غير قادح ، بعد الضبط بالأذرع ، فيملك حينئذ فى كل جزء من الثوب على حسب نسبة العشرة إلى المجموع ، نحو ما سمعته فى بيع الصاع من الصبرة ، على تقدير التنزيل على الأشعة ، واختلاف الأجزاء وتساويها لمدخلية لها فى علم المبيع وجهاته ، فإذا صح بيع الصاع من الصبرة منزلاً على ملك حصّة من الصبرة مشاعة تعلم بنسبة الصاع إلى المجموع ، ولا يقدح جهاتها حال العقد ، فكذلك المقام .

بل قد ينقدح من ذلك وما سمعته سابقاً فى بيع الصاع من الصبرة من انصراف مطلقه عندنا إلى الأشعة ، صحة نحو ذلك فى المقام ، وإن لم يصرح بقصدها ، فينزل حينئذ على الأشعة المزبورة ، ويكون صحيحاً ، وما ساء يوهمه إطلاق بعض العبارات من عدم جواز مثل ذلك ، بل والصورة السابقة ، يمكن دفعه بظهور الإطلاق فى غير ذلك ، وأن المراد منه بيع مقدار مخصوص لأعلى جهة الأشعة ، ولا ريب فى بطلانه خصوصاً فى مختلف الأجزاء فتأمل جيداً .

فإن الظاهر البطلان مع قصد النسبة بما ذكره من العدد على وجه يكون المبيع الكسر الذي يطابق النسبة المزبورة فى الواقع ، لجهالة المبيع التى لا يرفعها ضبط النسبة المزبورة ، وإلا لصح ذلك فى القيمي كأن يبيعه من العبد مثلاً ما يقابل عشرة من النسبة إلى مجموع قيمته ، وهو معلوم الفساد ، ولا ينافى ذلك القول بتنزيل الصاع من الصبرة على الأشعة ، فإنه لا يراد منه وقوع البيع على الكسر الذي يكون نسبة الصاع إلى مجموعه ، بل المراد منها أن المبيع كلى شايع فى مصاديقه فى الصبرة كشيوخ كلى الشاة فى الزكاة فى الأربعين فى وجه ، وهذا وإن لم يكن من الاشتراك على اشتراك الكسور كالنصف ونحوه ؛ ولكن حكمه حكمه بالنسبة إلى توزيع التالف على المجموع باعتبار عدم تعيين كلى كل من المالكين فى فرد مخصوص ، بل هو مصداق لكل منهما و حينئذ فالتحقيق صحة بيع الكلى فى الشايع فى الأفراد الخارجة ، ولكن مع تساوى

الاجزاء كالصاع من الصبرة على الوجه الذي ذكرنا ، وكذا الأرض و الثوب مع فرض تساوى الاجزاء ، ولا يصح مع اختلافها ، أما بيعه على وجه النسبة بمعنى كون المبيع الكسر من الصبرة أو الأرض المقدر بنسبة الصاع أو الذراع إلى المجموع فغير جائز في متفق الاجزاء ومختلفها ، ولعلمه بذلك تعرف الوجه في إطلاقهم والله أعلم .

﴿وله باعه أرضاً﴾ مثلاً ﴿على أنها جر بان معينة﴾ مصرحاً بذلك أو بنى العقد عليه ﴿فكانت أقل فالمشتري بالخيار﴾ بلا خلاف ولا إشكال ، إلا أن الأكثر نقلاً و تحصيلاً بل في الرياض أنه حكى الشهرة عليه جماعة على كون الخيار ﴿بين فسخ البيع﴾ واسترجاع الثمن إن كان قد قبضه البائع ﴿و بين أخذها بحصتها من الثمن ، و قيل: بل بكل الثمن﴾ كما هو خيرة الشيخ والقاضي والفاضل ولده وأبي العباس والصيمري على ما حكى عن بعضهم ، بل هو ظاهر الوسيلة والنافع و جامع المقاصد ، وقواء في الميسية على ما قيل ، واستوجهه في المسالك ﴿والأول أشبه﴾ بأصول المذهب و قواعده ، إذا المذكور وإن كان بصورة الوصف والشرط الذين لا يوزع عليهما الاثمان لكنهما أجزاء من المبيع حقيقية خارجية فيفوت بفواتها بعض المبيع حينئذ فيثبت الخيار المزبور لتخلف الوصف الذي هو بعض من المبيع ، و بذلك افترق عن بعض الاوصاف التي لا ترجع إلى أجزاء من المبيع ، فكان الخيار فيها بتخلف الوصف بين الفسخ والقبول بتمام الثمن ، لكون الفائت ليس جزء مبيع يقابل شيئاً من الثمن ، بل وصفه ، وما نحن فيه ليس من ذلك قطعاً ، بل هو لا ينقص عن وصف الصحة الذي يثبت الخيار بفقدائها بالعيب بين الرد والقبول بالأرض ، مضافاً إلى خبر عمر بن حفص (١) المنجبر بما سمعت قال فيه : «رجل باع أرضاً على أن فيها عشرة أجربة ، فاشتري المشتري منه بحدوده ، ونقد الثمن ، و أوقع صفقة البيع و افترقا ، فلما مسح الأرض ، فأذهبي خمسة أجربة ، قال : إن شاء استرجع فضل ماله و أخذ الأرض ، وإن شاء رد المبيع و

(١) الوسائل الباب ١٢ - من ابواب الخيار الحديث ١ -

ج ٢٣ (في انه لو باع ارضاً على انها جربان معينه فكانت أقل فالمشتري بالخيار) ٢٢٩

أخذه ماله كله ، إلا أن يكون إلى جنب تلك له ايضاً أرضون ، فليوفيه ، ويكون البيع لازماً ، وعليه الوفاء بتمام المبيع ، فإن لم يكن له في ذلك المكان غير الذي باع ، فإن شاء المشتري أخذ الأرض واسترجع فضل ماله ، وإن شاء رد الأرض وأخذ المال كله واشتماله على ما نقول به مع إمكان تأويله ، لا يمنع من العمل بالباقي ، وإشكال ذلك كله - بأن ما فات لا قسط له من الثمن ، لاستحالة تقسيط الثمن على الأجزاء والعلم ، لعدم الفأث ، وعدم المائل له ، فاستحال تقويمه ، فاستحال ثبوت قسط له ، خصوصاً إذا كانت الأرض المشتراة مختلفة الاجزاء ، وفرض الفأث من الجيد أو الردي تحكماً ، فانضح أن الفوات هناك فوات صفة كمال ، وهو كم ، والكم عرض فكان كالتدليس ، وفرق بينه وبين ما إذا باع عبدين ، فبان أحدهما مستحقاً ، لأنه في هذه لم يسلم المبيع ، وهو مجموع العبدین ، وهنا قد سلم المبيع وهو مجموع الأرض ، وإنما فقد منها كونها بقدر الجريب الواحد عشر مرات مثلاً ، وهذا وصف يعد كمالاً ، ولا يعد نقصه عيباً ، وبأن التقسيط يؤدي إلى جهالة الثمن في الجملة والتفصيل - يدفعه إمكان كون طريق التقويم بأن هذه الأرض المشخصة من غير زيادة عليها ولا نقیصة على فرض أنها عشرة أذرع ، ولو للاشتباه فيها ، قيمتها كذا ، على فرض أنها خمسة قيمتها كذا ، فينسب إحدى القيمتين إلى الأخرى ، ويؤخذ من الثمن بنسبته ، فلا يحتاج حينئذ إلى إضافة شيء إليها كي يستشكل بأنه يستحيل تقويمه لعدم المائل ، حتى يجاب عنه بأن الغالب في الأرض التساوي ، فيفرض كونه مساوياً لها ، مع أنه قد يستشكل بأنه قد يفرض كونها مختلفة ، فيلتزم كون الفأث مختلفاً على نسبة اختلافها ، إذاً الجميع كما ترى ، ولا جهالة حال العقد بعد الإقدام منهما على مقابلتها بالثمن على أنها عشرة ، كما أنه لا يقدح في الجهالة في التقسيط بعدم معلومية المقابلة في الجملة :

ومن ذلك ظهر لك الوجه في قول المصنف ﴿ولو زادت كان البايع بالخيار بين الفسخ والإجازة بجميع الثمن ، وكذا كل ما لا يتساوى أجزاؤه﴾ لعدم موجب التقسيط

هنا ضرورة اختصاص ايجاب التبويض ذلك بالمشتري ، فلم يبق إلا جهة تخلف الوصف الموجب ضرراً على البائع لو كان البيع لازماً فثبت له الخيار بالطريق المزبور وإلزام المشتري هنا بإعطاء ما ينقص الزيادة على نسبة الثمن ، أو تخيره بين ذلك وبين الفسخ لا يوافق الضوابط الشرعية ؛ كاحتمال بطلان البيع كما في القواعد .

وعن المبسوط بل عن التبصرة أنه الوجه عندي لجهاذا البيع ، لكون الزيادة غير معينة ، إذ فيه أن المبيع بحسب الصورة هو المجموع ، وقد تجد دكون الزائد ليس منه بعد الحكم بصحة العقد ، على أن ذلك مبني على كون الزيادة للبائع ، وهو خلاف التحقيق كما استعرف ، بل قد عرفت أن مبني كلام المصنف ، ومن عبر كعبارته على ذلك ، ومن هنا كان لا يرد على المتن بقرينة ذيله ، أن ايجابه التقييط في الأول قاض بالتبويض ، وإثباته الخيار المزبور هنا قاض بأنه من تخلف الوصف فيتدافع ، إذ قد عرفت اجتماع الحيتين في الأول بخلاف الثاني .

لكن قد يناقش بأنه وإن كان التبويض لا يوجب تقسيطاً بالنسبة إلى البائع ، إلا أن مقتضاه كون الزيادة للبائع كما صرح به بعضهم ، واحتمله آخر ولا يكون له خيار حينئذ واحتماله - حينئذ للتضرر بعيب الشركة - يدفعه أولاً أنه هو الذي غرر بنفسه ، وثانياً عدم الضرر عليه بعد أن كان قادماً على مقابلة الجميع بالثمن ، فظهور الشركة في الحقيقة دفع لاضرر عليه ، والتسلط بمثله على الخيار محل شك ، بل منع لأصالة اللزوم .

نعم لا بأس به بالنسبة للمشتري حينئذ لأنه أقدم على كون الجميع له ، فظهور الشركة فيه عيب بالنسبة إليه ، بل لا يسقط حتى لو بذل البائع الزيادة ، لعدم وجوب القبول عليه ، فلا ريب حينئذ في ضعف الاحتمال المزبور ، وأضعف منه حمل المتن عليه ، ضرورة ظهوره في كون متعلق الخيار بمجموع الأرض ، بجميع الثمن .

فالتحقيق كون الزيادة والنقيصة من واد واحد ، والظاهر أنه من تخلف الوصف

ج ٢٣ (فى انه لو باع ارضاً على انها جربان معينه فكانت اقل فالمشتري بالخيار) - ٢٣١.

فيهما؛ لأن المفروض كون المبيع عيناً مشخصة محددة غير قابلة للزيادة والنقصان إلا أنه وصفها البائع بمقدار مخصوص ، وأخذها المشتري على ذلك الوصف فتخلف ، فحصل الضرر منه على البائع أو المشتري ، فيثبت الخيار ؛ فليس فى الحقيقة فوائده مفوتاً لجزء من المبيع ، لما عرفت من أنه محدد مشخص غير قابل للزيادة والنقصان . لكن الخبر المزبور (١) الذى عمل به جماعة من الأصحاب أوجب التوزيع فى صورة النقصان ، ولا محيص عن العمل به إن لم يحمل بقرينة ذيله على كون المبيع عشرة معينة الإبتداء إلى أن تنتهى ، بناء على صحة ذلك ، فإن قصورها عن العشر ، فإن التوزيع هنا متجه ، ضرورة كون مورد البيع المحدود من حيث العدد ، إلا أنه خلاف الظاهر ، وذيله - بعد أن انفرد الشيخ بالعمل به فى النهاية التى لم تعد للفتوى - فلا جاب له بالنسبة إلى ذلك - لا بأس بطرحه أو تنزيله على ما يوافق الصواب وإن بعد ، ولا يمنع من العمل بما تضمنه من التوزيع المزبور .

❦ منه يعلم حينئذ الحال فيما ❦ لو نقص ما يتساوى أجزاؤه ❦ فإنه يثبت الخيار للمشتري بين الرد وأخذه بحصته من الثمن ❦ وفاقاً للشيخ والفاضل فى بعض كتبه والشهيدى فى الدروس واللمعة وغاية المرام على ما حكى عن بعضها ، بل عن الأخير أن المشهور ، بل هو لازم لجميع من عرفته ممن قال به فى مختلف الأجزاء ضرورة أولويته منه بذلك ، ولذا أرسله بعضهم فى ضمن الاستدلال بإرسال المسلمات ، بل ظاهر المقداد فى التنقيح أوصريحه ، أنه لا كلام فيه لا مكان توزيع الثمن فيه على أجزائه ، فلا مانع فيه من هذه الجهة ، بل إذا كان منه ما لا يضبط إلا بالوزن ونحوه ، ولا تكفى فيه المشاهدة ، كما هو الغالب فيه بكون التقدير فيه ملاحظاً فى المبيع أولاً وبالذات ، فكانه باعه المقدر من حيث التقدير ، فيفوت البعض بفوائده .

إلا أن الإصاف كون العمدة إلحاقه بمضمون الخبر المزبور (١) وإلا فمتساوى الأجزاء ، وإن كان يمكن توزيع الثمن عليه ، وليس فيه المانع المزبور ، لكن بعد أن كان عينا مشخصة لا تزيد ولا تنقص صار التقدير المفروض فيها وصفاً أيضاً ، حتى لو كان وزناً ونحوه ، إذ هو طريق إلى المعلوماتية المسوغة للإقدام على البيع كالوصف ، لأنه بعض مبيع ؛ ولذا كان خيرة الفاضل في القواعد التخيير فيه بين الرد الأخذ بالثمن ، بل هو المحكي عن ولده في الإيضاح ، وعن الشهيد في حواشيه ، والميسية والكفاية أنه أقوى ، وفي المسالك أنه متجه ، ومال إليه في جامع المقاصد ، إلا أن فيه إعراضاً عن الخبر المزبور ، المنجبر بما عرفت ، فالتوزيع هو الأقوى .

نعم هو متجه فيما لو زاد . في تخيير البائع بين الرد والقبول بالثمن المسمى ؛ كما سمعته في مختلف الأجزاء وفاقاً للفاضل في القواعد ، والمحكي عن ولده في شرح الإرشاد ومال إليه المحقق الثاني والمقدس الأردبيلي على ما حكى عنه ، بل ربما قيل إنه لازم لكل من قال به في مختلف الأجزاء ممن عرفت ، فحينئذ يكون الزيادة للمشتري ، ولا خيار له حينئذ ، لأن المتضرر بفوات الوصف البائع دونه ، خلافاً للمبسوط والتحرير والإرشاد والتهصرة والتنقيح وظاهر موضع من الدروس ، فجعلوا الزيادة للبائع على ما حكى عن بعضها ، بل في مجمع البرهان لا شك في أنها له ، بل في التنقيح لا كلام فيه ، ولعله لا يخلو من قوة فيما يعتبر فيه الوزن والكيل والعدد ، إذ التزام دخول الصبرة المبيعة بعنوان أنها وزنة في ملك المشتري وإن كانت وزنتين لا يخلو من صعوبة .

وعلى كل حال فالمتجه ثبوت الخيار للمشتري ، لأنه خلاف ما قدم عليه ، وللتضرر بالشركة دونه ، نعموما سمعته في مختلف الأجزاء فمن الغريب ما في القواعد والتحرير من عدم الخيار له على هذا التقدير . ولعله لعدم التضرر ، فهو كالصاع من الصبرة إلا أنه

كما ترى ، فتأمل جيداً في جميع ما ذكرنا ، فإن منه يظهر لك الخلل في جملة من كلمات الأصحاب في مواضع متعددة والله أعلم .

﴿ولو جمع بين شيئين﴾ مثلاً ﴿مختلفين﴾ في كون كل منهما مورد عقد مخصوص ﴿في عقد واحد بثمن واحد كبيع وسلف﴾ فقال : بعتك هذا العبد وعشرة اقفرة حنطة موصوفة بكذا مؤجلاً إلى كذا بمائة درهم ﴿أو إجارة وبيع﴾ فقال : آجرتك الدار و بعتك العبد بكذا ﴿أو نكاح وإجارة﴾ فقال : أنكحتك نفسي وآجرتك الدار بكذا ﴿صح﴾ بخلاف أجده فيه ، وإن أومه نسبة بعضهم إياه إلى الأكثر بل قيل صرح في المبسوط بأن فيه خلافاً عندنا ، لكنه احتمل إرادته من العامة .

نعم عن الأردبيلي أنه تأمل فيه ، ولعله للشك في نقل مثل هذا العقد الذي لا يدخل في اسم كل منهما ، وإلا اعتبر فيه ما يعتبر فيهما ، ولأن الجهالة والغرر وإن ارتفعا بالنسبة إلى هذا العقد إلا أنهما متحققان بالنسبة إلى البيع والإجارة ، وقد نهي الشارع عنهما في كل منهما (١) وارتفعا بالنسبة إلى مجموع العقد غير مجد ، وليس هو كالبيعين الذين فسد البيع بالنسبة إلى أحدهما ، للاكتفاء فيه بمعلومية ثمن المجموع الذي هو مبيع والجهل بالتقسيط غير قادح بعد أن كان بالنسبة إلى جزء المبيع لا إلى مجموعه ، بل لعل مثل ذلك غير قادح حتى مع العلم بالفساد من أول الأمر ، لصدق معلومية ثمن المبيع ، ولو كان البيع في بعضه فاسداً بخلاف المقام الذي نحن تمام المبيع فيه مجهول ، وإن كان هو معلوماً بالنسبة إلى مجموع العقد .

ألهم إلا أن يقال : إن المعلوم من قدح الجهالة ، إذا كان البيع عقداً مستقلاً لا جزء عقد ، فاطلاق الأدلة بحاله ، كما أن عموم قوله تعالى (٢) «أو فوا بالعقود» كاف في ثبوت مشروعيته ، بعد ظهور اتفاق الأصحاب عليه ، الذي يكفي في ثبوت معهوديته ، فتشمله الآية

١ - الوسائل الباب ٢٠ من أبواب آداب التجارة الحديث ١٢ المستدرج ج ٢ ص ٢٧٥ .

(٢) سورة المائدة الآية ١

وإن قلنا بأن اللام إشارة إلى العقود المتعارفة ، إذ لا طريق لنا إلى ذلك إلا الكلام الأصحاب ، فيكفي حينئذ معلومية العوض لهذا العقد الذي هو في الصورة عقد واحد وفي المعنى عقدان أو عقود ، ولذا يجري عليه حكم كل منها لنفسه من غير مداخلية للآخر نحو خيار المجلس وغيره ، كما هو واضح ، إلا أنه من حيث اتحاد القبول فيه باعتبار عدم الدليل على اعتبار القبول بعد العقد على وجه لا يشاركه غيره في معناه واحد .

﴿و﴾ حينئذ فإن احتيج إلى أن ﴿يقسط العوض﴾ لتعدد المالك أو غيره قسط على قيمة المبيع وأجرة المثل ﴿بلاخلاف ولا إشكال﴾ ﴿و﴾ على ﴿مهر المثل﴾ بلاخلاف أيضا إلا أنه أشكل بأن المفوضة ترجع إلى مهر السنة لو زاد مهر المثل عنه ، وهنا لمالم يتعين لها مهر مقدر ابتداء ، أشبهت المفوضة ، فلا يتم إطلاق مهر المثل ، ويدفع بأنها هنا ليست مفوضة بل مسماة المهر ، غايته عدم العلم بقدر ما يخصه ابتداء ، على أن الرجوع إلى مهر السنة على تقدير زيادة مهر المثل محل تأمل أو منع .

نعم هو - سام بالنسبة إلى مفوضة البضع ، وهذه ليس منه قطعا كما هو واضح ، ولو كان أحد الأعواض مؤجلا ، قسط عليه كذلك ، فلو باعه عبد آيساوى عشرة حالا ، وعشرين مؤجلا فباعه مؤجلا ، وأجره داره مدة سنة بعشرين ، والعوض عشرون ، فإنه يقسط بينهما بالسوية ﴿وكذا يجوز﴾ بلاخلاف بل ولا إشكال ﴿بيع السمن بظروفه﴾ مع العلم بوزن المجموع الكافي عن معلومية وزن كل منهما ، بعد اقدام المشتري على الرضا بكون سعر الظرف سعر الدهن ، فإذا احتيج إلى التقسيط قسط على ثمن مثلهما ، بأن يقال : قيمة الظرف مثلا درهم ، وقيمة السمن تسعة فيخص الظرف عشر الثمن ﴿ولو قال : بعثك هذا السمن بظروفه كل رطل بدرهم﴾ بعد العلم بوزن المجموع ﴿كان جائزا﴾ أيضا لما عرفت

من وجود المقتضى وارتفاع المانع ، والتقسيط فيه بأن يوزن الظرف منفرداً وينسب إلى الجملة ، ويؤخذ له الثمن بتلك النسبة ، وبذلك افترق هذا المثال عن الأول كما هو واضح والله أعلم .

﴿ الفصل الخامس : في أحكام العيوب ﴾

﴿ من اشترى مطلقاً أو بشرط الصحة إقتضى سلامة المبيع من العيوب ﴾ بخلاف ولا إشكال في الثاني ؛ بل والأول إن كان المراد الإقتضاء شرعاً ، أما عرفاً فلا يخلو من إشكال ، خصوصاً بعد عدم الانصراف في مثل التكليف والوصايا ونحوهما وأصالة السلامة لا تقتضى إرادة السالم من الإطلاق ، وإلا لاقتضت في الجميع ، بل لم يكن المعيب بعض أفراد المبيع لو كان كلياً .

أللهم إلا أن يفرق بينها وبين البيع بل جميع عقود المعاوضات ، والإطلاق إنما يقتضى السلامة في المبيع ، لأن المبيع السالم ، فلا ينافى كون المعيب فرداً هذا . ولكن مع ذلك لا يخلو الانصراف المزبور عرفاً من تأمل في بعض الأحوال ، خصوصاً بالنسبة إلى بعض العيوب والأمور سهل ، لكن صريح جماعة أن الشرط المزبور بعد تسليم الانصراف المذكور مؤكد بل لم أجد قائلًا بغيره .

نعم في المسالك «وربما قيل : إن فائدة اشتراط الصحة جواز الفسخ وإن تصرف لو ظهر عيب ، فيفيد فائدة زائدة على الإطلاق كاشتراط الحلول » وهو متجه ، وإن قال بعض مشايخنا إنى لم أجد هذا القول لأحد من العامة والخاصة ، ضرورة أنه لا بأس باجتماع الجهتين عملاً بالدليلين الغير المتنافيين ، نعم قد يتوقف في أصل صحة اشتراط ذلك كسائر الصفات في الأعيان الشخصية ، لظهور أدلة الشرط في أنه مما يكلف المشتري عليه بالوفاء به ، وفي الفرض لا يتصور ذلك على تقدير عدم الانصاف ، إلا أنه قد يمنع اعتبار ذلك في الشرط ، وإن كان فائدته حينئذ أنه في مثل ذلك قلب اللازم جازماً ،

فتأمل جيداً والله أعلم .

و كيف كان ﴿ فان ظهر به عيب سابق على العقد فالمشتري خاصة بالخيار ، بين فسخ العقد وأخذ الأرض ﴾ اجماعاً محصلاً ، ومحكياً مستفيضاً ، صريحاً و ظاهراً ، وهو الحجة مضافاً إلى ما أرسله - في محكي الخلاف من الأخبار و خبر الضرار (١) و فقه الرضا (٢) بناء على حجته « إن خرج في السلعة عيب وعلم المشتري بالخيار إليه إن شاء ردّو إنشاءً أخذاً و ردّ عليه بالقيمة أرش المعيب » والظاهر زيادة أو فيه كما عن بعض الأجلة ، ولعل المراد « الهمة » - وإلى المعبرة التي منها مرسل جميل (٣) عن أحدهما عليه السلام « في الرجل يشتري الثوب أو المتاع فيجد به عيباً قال : إن كان قائماً رده على صاحبه وأخذ الثمن ، وإن كان الثوب قد قطع أو خيط أو صبغ رجع بنقصان العيب » وغيره إلا أنه ليس فيها جميعاً ذكر الإمضاء مع الأرض ، بل ظاهراً الرخصة كما اعترف به في الرياض ، لكن قال : « إن الإجماع ولو في الجملة كاف في التعديّة » .

قلت : إن لم يثبت أولوية ثبوت الأرض قبل التصرف المزبور منه بعده ، لوضوح منعها ، أو أن ثبوته - لأنه عوض جزء من المبيع - قد فات ، فهو كمقابل أحد المبيعين من الثمن لو بطل البيع فيه ، بناء على مقابلة أجزاء المبيع بأجزاء الثمن ، ويكون إستحقاق المشتري له على القاعدة ، كما في تبعض الصفقة ؛ وفيه أنه أوضح منعاً من الأولوية المزبورة لعدم ثبوت التوزيع المزبور قصداً ولا شرعاً على وجه يتناول الحكم المذكور ، بل تصريحهم بأنه يسقط بالإسقاط بعد العقد ، بحيث لا يصح الرجوع منه بعده كما استعرف ينافية ضرورة عدم صحة تسلطه على الأعيان ، ولو كان بمنزلة الهبة جاز الرجوع فيها ، فالعمدة حينئذ في ثبوته ما عرفت .

وقد يظهر من المتن وغيره ، أن الخيار المزبور عند ظهور العيب ؛ لأنه كاشف عن

(١) الوسائل الباب ١٧ من أبواب الخيار الحديث ٣-٥

(٢) المستدرک ج ٢ ص ٢٧٨ .

(٣) الوسائل الباب ١٦ من أبواب الخيار الحديث ٣

ثبوته حال العقد؛ لكن يمكن عدم إرادة ذلك منها، وإن اقتضاه ظاهر التعبير المساق إلى بيان أن ثمرته عند الظهور، لعدم تصور فائدة له قبل العلم غالباً. لكن فيه إن له ثمرات منها. إسقاطه بالتصرف قبل ظهوره، ولولا أنه ثابت لم يتضرر سقوطه به، إلا أن يكتفى بوجود سببه وكذا إسقاطه، ومنها. أنه لو فسخ قبل ظهوره أثر الانفساخ حينه ولو تأخر الظهور عن ذلك فتأمل جيداً، والظاهر ثبوت الخيار المزبور في العيب في الثمن، وإن خلت عنه أكثر النصوص والفتاوى إن لم يحمل المبيع فيها على ما بشملهما؛ وهو كما ترى، ولا ينافي ذلك قول المصنف خاصة ضرورة كون المراد ذلك بالعيب في المبيع والله أعلم؛

﴿و﴾ كيف كان ﴿يسقط الرد﴾ والأرض ﴿التبترى من العيوب﴾ بأن يقول: بعثك هذا بكل عيب، أو أنا بريء من كل عيب، أو نحو ذلك مما لا يفرق فيه بين العيوب ظاهرة أو باطنة، معلومة أو غير معلومة، حيواناً كان المبيع أو غيره، إجماعاً محكياً صريحاً عن الخلاف والغنية والتذكرة، وظاهر في غير ما إن لم يكن محصلاً، ضرورة كون المراد الرأفة ممارب الشارع عليه من الحكم، وهو الرد أو الأرض، فهو حينئذ شرط مندرج في معادل أعلى الشرائط، حتى لو ذكره قبل العقد، وبنياه عليه بناء على أنه حينئذ كالصرح به فيه، ولأن المشتري حينئذ راض به على ذلك، فهو كما لو علم به وأقدم عليه، بل يشمله دليل ذلك، بل قد يقال: إن في شمول أدلة الخيار المزبور لمحل الفرض محل شك، بل ظاهرها خلافه، فيبقى أصالة لزوم العقد وأصالة براءة الذمة من الأرض بلا معارض.

مضافاً إلى مفهوم الحسن أو الصحيح (١) «أي ما راجل اشترى شيئاً فيه عيب أو عوار، ولم يتبرء إليه منه ولم يبين له، فأحدث فيه بعد ما قبضه شيئاً وعلم بذلك العيب وذلك العوار أنه يعضى عليه البيع، ويرد عليه بقدر ما ينقص من ذلك الداء والعيب من ثمن ذلك لو لم يكن به» وخبر جعفر بن عيسى (٢) قال: «كتبنا إلى أبي الحسن عليه السلام جعلت فداك المتاع

(١) الوسائل الباب ١٦ من أبواب الخيار الحديث ٢

(٢) الوسائل الباب ٨ من أبواب أحكام العيوب الحديث ١

يباع فيمن يزيد فينادى عليه المنادي ، فأذا نادى عليه برىء من كل عيب فيد ، فأذا اشتراه المشتري ورضيه ولم يبق إلا نقد الثمن ، فربما زهد فأذا زهد فيه ادعى عيوباً وأنه لم يعلم بها ، فيقول له المنادي قد تبرئت منها ، فيقول المشتري : لم أسمع البرائة منها ، أصدق؟ فلا يجب عليه الثمن ، أم لا يصدق فيجب؟ فكتب عليه الثمن ، الذي يمكن تقرير الدلالة فيه على المطلوب بوجهين .

ويصح التبيري من العيوب المتجددة ، بل ظاهر التذكرة الإجماع عليه ، لأن المراد التبيري من الخيار الثابت بسببها بمقتضى العقد ، فليس براءة مالم يجب ، على أنه يمكن منع عدم صحته على جهة الشرطية . ثم على الصحة فالظاهر شمول إطلاق البرائة من العيوب لها ، وإن كان المنساق أو لا إلى الذهن العيوب الموجودة حال العقد .

﴿و﴾ كذا يسقطان ﴿ب﴾ بالعلم العيب قبل العقد ﴿ب﴾ بالاخلاف أجده ، لأن إقدامه معه ضامنه به ، ولاخلاف في الغنية في سقوط خيار العيب به حينئذ ، مضافاً إلى أصلي لزوم العقد وبراءة الذمة من الأرض ، ضرورة ظهور أدلة الخيار المزبور في غير الغرض وإلى مفهوم خبر زرارة (١) المتقدم المتمم بعدم القول بالفصل بين عدم الأرض والرد معه ، بل قد يقضى إطلاقاً كالفتاوى السقوط به فيما لو علم به ثم نسيه ، وهل يصح شرائه من العالم مصرحاً ببقاء خيار العيب له ؟ ونحو ذلك مما يرفع دلالة العلم على الرضا به معيهاً الأقوى ذلك ، لأنه كالشرط حينئذ ، بل لو اقتصر على خصوص الرد من مقتضى العيب صح أيضاً لذلك ، وأما لو اقتصر على الأرض فقد يحتمل البطلان ، لتجهل الثمن حينئذ ، ويحتمل الصحة اكتفاء بعلم الثمن بالجملة كما لو باع ما يصح وما لا يصح مع العلم به .

﴿و﴾ يسقط الخيار المزبور أيضاً ﴿ب﴾ باسقاطه بعد العقد ﴿ب﴾ بالاخلاف ، لأنه من الحقوق التي تسقط بالاسقاط ، كما عرفت في الخيارات السابقة ، فيسقط الرد حينئذ

﴿وكذا الأرض﴾ ، لأنهما هنا متعلقاه ، فأسقاطه إسقاطهما معاً ، ولو اقتصر على إسقاط أحدهما صح وإن اتحد سبب استحقاقهما كما هو واضح ، ويمكن استفادته من العبارة .

﴿ويسقط الرد﴾ خاصة ﴿باحدائه فيه حدثا كالعتق وقطع الثوب﴾ ، بخلاف معتد به بل في المختلف وعن شرح الارشاد للفخر الاجماع عليه ﴿سواء كان قبل العلم بالعيب أو بعده﴾ على نحو ما سمعته في الخيارات السابقة؛ ضرورة اشتراكه معهما في أن له الفسخ وإن زاد عليها بالأرض ، فيسقط ما به الاشتراك ما يسقطها ، ولذا كان البحث السابق في التصرف المسقط آتيا هنا مضافا ، إلى مرسل جميل (١) وخبر زرارة (٢) السابقين الدالين على ثبوت الأرض لعدم دلالة التصرف على اسقاطه شرعا ولا عرفاً ، خلافا لما عن ابن حمزة في الوسيلة فاسقط الأرض به إذا كان بعد العلم به ، ولا ريب في ضعفه للاصل وإطلاق النص (٣) .

بل في صريح الغنية أو ظاهرها الاجماع عليه ، مؤيدا بالتتابع لفتاوى الأصحاب صريحها وظاهرها ، بل عن شرح الارشاد للفخر الاجماع على ثبوت الأرض ، على أن فيما حضرنى من نسخة الوسيلة «وإن علم بالعيب ثم تصرف فيه لم يكن له الرد والأرض ، لأن تصرفه ليس بموجب إرضاء» ، وتعليقه «إنما ينطق على أن له الأرض ، ولعل الاسقاط من النسخ ، والافتلا بيب في ضعفه ، كضعف ما عن المبسوط من أن التصرف قبل العلم لا يسقط الخيار ؛ للأصل المنقطع بما عرفت ، ومفهوم خبر زرارة المحتمل لأن يكون المراد منه أنه لو أحدث فيه شيئا ثم علم به لم يكن له الخيار ، لأن الحدث إذا كان بعد العلم ينفي الخيار ، حتى يستدل بمفهومه على أن الحدث قبله لا ينفيه ، بل لعل المراد منه أنه لا يتحقق ثبوت الخيار إذا لم يكن علم به ، فتأمل جيدا ، وما عنه أيضاً من أنه إن كان بيع المشتري له قبل علمه بالعيب وعاد إليه فله رده ، وما عنه أيضاً والمقنعة و النهاية من أن الهبة والتدبير لا يمنعان من الرد لأن له الرجوع فيهما بخلاف العتق ، لما عرفت من إطلاق النصوص والفتاوى ومعاقده الاجماعات والله أعلم .

﴿و﴾ كذا يسقط الرد ﴿به حدوث عيب بعد القبض﴾ غير مضمون على البائع بخلاف أجده فيه، بل عن شرح الارشاد للنخس الاجماع عليه : وفي محكي الخلاف الاجماع والأخبار على أنه ليس له رده إلا أن يرضى البائع بأن يقبله ناقصاً فيكون له رده ، وأنه يكون له الأرض إن امتنع البائع من قبوله معيباً ، وعن موضع من المبسوط «إذا باع عبداً وقطع طرف من أطرافه عند المشتري ، ثم وجد به عيباً قديماً سقط حكم الرد إجماعاً ووجب الأرض ، وعنه أيضاً «نفي الخلاف عن أن له الأرض إذا امتنع البائع من قبوله» ولعل مراده من الشرط أن له رده إن أراد أن يرضى البائع من قبوله ، لانفي الأرض حينئذ وإن اختاره.

لكن في التحرير «لو تعيب عند المشتري لم يكن له رده، فلو اختاره البائع جاز وأو أراد المشتري الأرض حينئذ قال الشيخ : ليس له ذلك ، والوجه عندي أن له الأرض إن اختاره ولو امتنع البائع من قبوله معيباً كان للمشتري حق الأرض قولاً واحداً» وفي الدروس «وفاني الأمور المسقط للرد دون الأرض، حدوث عيب عند المشتري مضمون عليه، إلا أن يرضى البائع برده مجبوراً بالأرض أو غير مجبور . ولا يجبر البائع على الرد وأخذ الأرض ، أي أرض العيب الحادث ، ولا يتخير المشتري بينه وبين المطالبة بأرض السابق ، ولو قبل البائع الرد لم يكن للمشتري الأرض بالعيب الأول عند الشيخ ، وقد فهمنا منه الخلاف في ذلك ، وعلى تقديره فلا ريب في ضعفه ، للأصل وإطلاق الأدلة والاجماع السابق المعتضد بقاوى الأصحاب ، بل إن لم يثبت إجماع على سقوط الرد به مطلقاً لأمكن المناقشة فيه ، إذا لم يكن من جهته بحيث يعد تصرفاً فيه ، لعدم معارض الأدلة المزبورة ؛ خصوصاً مع عدم سقوط غيره من الخيار بذلك ، بل قد عرفت عدم سقوطه فيما تولف بأفة سماوية في وجهه ، فضلاً عن التعيب ، وتعليل غير واحد من الأصحاب السقوط هنا بأنه لما كان مضموناً عليه كان بمنزلة إحداث فيه حدثاً ، ولو كان من غير جهته فنقصانه محسوب عليه ، فيمنع الرد ﴿ويثبت الأرض﴾ حينئذ لذلك كما ترى ، وإلا لجري في غيره من الخيارات .

الجواهر - ٣٠

نعم يتجه جبره بالأرض لو أراد ردّه لنفى الضرر، ولعله لذا قال في الغنية: «فإن لم يعلم بالعيب حتى حدث فيه عيب آخر كان له أرض العيب المتقدم دون الحادث إن اختار ذلك، وإن اختار الرد كان له ذلك ما لم يحدث هو فيه حدثاً وظاهره عدم سقوط الرد بذلك وهو جيد على الوجه الذي قلنا إن لم يثبت إجماع على خلافه أو يدعي دلالة مرسل جميل (١) المشتمل على اشتراط الرد بقيام الثوب بعينه، وأنه متى قطع أو خيط أو صبغ تعين الأرض أو يدعي أن مفهوم الرد لا يتحقق إلا مع عدم تعيب العين، والجبر بالأرض لا يصيره رداً حقيقة مضافاً إلى أصالة لزوم العقد التي يجب الاقتصار في خلافها على المتيقن وهو غير الفرض.

نعم يمكن القول ببقاء الرد بالعيب السابق إذا كان العيب الحادث من البايع، وإن كان قد يشمل المتن ونحوه، بل ومن وصف العيب بكونه غير مضمون على البايع؛ ضرورة كون المراد إخراج صورة الخيار ونحوها مما كان العيب فيه مضموناً عليه، لا مثل الفرض الذي كان الضمان فيه عليه نحو ضمان الأجنبي لو كان جائياً، إلا أن المتيقن من إطلاقها وإطلاق معاهد الاجتماعات السابقة غير ذلك، فيبقى على أصالة الرد هذا وفي القواعد لو كان العبد كاتباً أو صائفاً فنسيه عند المشتري لم يكن له الرد بالسابق ولعله لأن نسيان الصنعة عيب، أو أنه تغير للعين تغييراً يمنع من ردها، ومثله نسيان الدابة الطعن والله أعلم.

﴿و﴾ كيف كان ﴿لو﴾ لو كان العيب الحادث قبل القبض لم يمنع الرد ﴿بالعيب السابق قطعاً﴾، بل يمكن تحصيل الإجماع فضلاً عن محكيه؛ لكونه مضموناً على البايع، وإذا كان للمشتري الرد به، فضلاً عن العيب السابق بلا خلاف، بل حكى الإجماع عليه غير واحد.

نعم اختلفوا في ثبوت الأرض به، وقد تردد المصنف فيه سابقاً، وذكرنا التحقيق فيه فيما تقدم فلاحظ، إنما البحث الآن في العيب السابق ولا إشكال في ثبوت الرد بالأرض

به معه ، كما عرفت ، ومثله حدوث العيب من غير جهة المشتري في الثلاثة لو كان المبيع حيواناً ، لأنه أيضاً مضمون على البائع ، فلا يمنع حكم العيب السابق ، وكذا كل خيار مختص بالمشتري ، بناء على إلحاقه في ثلاثة الحيوان في الضمان لما يحدث فيه ، كما تقدم تحقيق الحال فيه ، والظاهر تعدد سبب استحقاق الرد حينئذ ، وتظهر الثمرة في أمور ، فماعتن المصنف من أن له الرد بأصل الخيار ، لا بالعيب الحادث ، وابن نما بالعكس - في غير محله ، بل مقتضى الجمع بين الدليلين الحكم بالنسبين كما هو واضح ، شلى أنه لم نتحقق هذه الحكاية عنهما في المقام .

نعم ستمع كلامهما في حدوث العيب في ثلاثة الحيوان وتحقيق الحال فيه ، وهو غير المقام ، اللهم إلا أن يراد جريان نظير ههنا ، لكنه لا يتم في المحكي عن ابن نما هناك من إيجاب الرد والأثرش ، لكن يمكن البحث في المسألة لنفسها ، بفرضها في العيب المتجدد قبل القبض مثلاً ، و كان معيباً سابقاً ، فهل يتعدد سبب الخيار في الرد بهما لكونهما سببين ، أو يخص بالأول ، لأنه المؤثر ، ولا أثر للثاني لكونه تحصيل الحاصل لأن جنس العيب اتحاد أو تعدد هو السبب ، أو يخص بالثاني باعتبار انقطاع حكم الرد بحدوث العيب ، وإن كان مضموناً على البائع لا إطلاق دليله ، ويبقى حكم الرد للثاني ، إلا أنه لا يخفى عليك ضعف الأخير ، بل يمكن تحصيل الإجماع على خلافه كما عرفت .

وأما الثاني فله وجه لو كان دليل الخيار به مستفاداً من دليل الخيار بالأول ، ضرورة كونه حينئذ كتعدد القديم في ظهور عدم تعدد الخيار به ، على وجه يصح إسقاطه من جهة واحد دون الآخر ؛ لكون المجموع بعد وجدانها دفعة أو تدريجاً سبب واحد .

نعم قد يقال : لو وجد أحدهما ثم رضي به ثم وجد آخر كان له الرد به ؛ لظهور الأدلة في سببية الثاني حينئذ ، ضرورة كونه كما رضي بالعيب قبل العقد فوجد غيره ؛ لكن

من المعلوم عدم ظهور هذه الأدلة في المتجدد ، بل هي كالصريحة في السابق ، وحينئذ يكون السابق صنفاً ، والمتجدد آخر فيعمل كل مقتضاه ، وسقوط الرد من أحدهما لا يقتضي سقوطه من آخر ، فتأمل جيداً فإن المسألة محتاجة بعد إلى تنقيح .

فقد تلخص لك من ذلك ما يسقط الرد والأرض ، والأول خاصة ، لكن كان عليه ذكر الانعتاق قهراً من القسم الثاني ، كما لو اشترى أباه ثم وجد به عيباً فإنه يتعين الأرض هنا لعدم التمكن من الرد اللهم إلا أن يتكلف إدراجه في التصرف أو غيره أو يقال بثبوت الرد فيد ، لكن بدفع القيمة عوضاً عنه لمعلومية بدليتها ، وإن كان قد يدفع الأخير ما استعرفه من أن التلف هنا مسقط للرد بالعيب ، ويبقى الأرض ، فلا نعتاق قهراً منزل منزله ، والأمر سهل .

وقد يسقط الأرض ويبقى الرد فيما لو اقتصر على إسقاطه دون الرد ، وفيما لو اذنت قيمة المعيب عن الصحيح أو ساوتها ، كما لو ظهر العبد خصياً ، فإن المشتري يتخير بين الرد والإمساك معجاً ، لعدم الإطلاع على قدر نقص القيمة الذي هو المدار في نقص المالية ، بل أصالة براءة الذمة كافية في نفيه ، بعد ظهور أدلة ثبوته أو صرح احتها في غيره من العيوب التي تنقص القيمة ، ولا يجري مثله في الرد بعد فرض كونه عيباً بخلاف أجده فيه .

بل ظاهر التذكرة وجامع المقاصد الإجماع على ثبوت الخيار به ، بل هو مقتضى مارواه ابن مسلم (١) لابن أبي ليلى في الشعر على الركب ، فالرد به حينئذ لإشكال فيه ، وإن احتمل بعض متأخري المتأخرين عدمه ، كالأرض للأصل ، وظهور نصوص الرد (٢) في العيب المنقص للقيمة لا ما زاد فيها ، لكن فيه منع واضح بعد ما عرفت ، بل قد يظهر من إطلاق الفتاوى كون العيب ما زاد عن الخلقة أو نقص ، وأن فيه الرد والأرض ثبوته فيه ، ولذا استشكل فيه غير واحد من المحققين ، ولعل طريق تأريشه حينئذ الغاء

(١) الوسائل الباب ١ - من أبواب أحكام الغيوب الحديث ١

(٢) الوسائل ١ - ٨ من أبواب أحكام العيوب

ما يترتب على الخصام من المنفعة التي هي بالنسبة إلى بعض أفراد الناس .
كالحكام والسلاطين ، ثم تقويمه فحلاصا لها للنسل ، ولما يقدر عليه الفحول
من الاشغال، ولا ريب في حصول النقص حينئذ وإن كان قد يناقش بأن ذلك إضرار أعلى البايع
خصوصا إذا كان حيوانا يراد منه كثرة لحمه وشحمه ، وحرمة الفعل في الآدمي بل وفي
غيره كما عن نهاية الاحكام ؛ نسبته إلى علمائنا ، لانفاي زيادة المال من جهته ، وربما
لا يكون البايع فاعلاله ، بل قيل أن المصرح بجوازه في غير الآدمي كثير ، خلافا
للقاضي والتقاضي خاصة فلم يجوزاه .

وكيف كان فالأرض محل نظر ، سيما في شعر الركب ونحوه مما لا طريق إلى الفرض
المزبور فيه . نعم يمكن القول بعدم سقوط الردهنا بالتصرف قبل العلم فيه ، و بحدوث
عيب لا من جهته للضرر معه . ومن هنا قال في الدروس : « لو زادت قيمة المعيب عن الصحيح
كما في النخعي احتمل سقوط الأرض ، وبقاء الرد لا غير ؛ وقد يشكك مع حصول مانع
من الرد كحدوث عيب أو تصرف ، فإن الصبر على العيب ضرار ، والرد ضرار » ونحوه في
المسالك « وزاد ويمكن ترجيح البقاء اعتبارا بالمالية وهي باقية » قلت لا طريق بعد عدم
السبيل إلى التاريس لعدم معرفته ، إلا القول بعدم سقوطهما الردهنا ، بعد جبر العيب
الحادث بالأرض من المشتري أو التزام كما هو واضح .

ومما يسقط فيه الأرض ، خاصة ما لو اشترى ربويا بجنسه وظهر عيب فله الرد دون
الأرض حذرا من الربا ، ومع التصرف أو حدوث عيب ، فيه البحث المذكور ، وقال في
الدروس هنا : « لو اشترى ربويا بجنسه وظهر فيه عيب من الجنس ، فله الرد لا الأرض
حذرا من الربا ، ومع التصرف فيه لا إشكال ، ولو حدث عنده عيب آخر احتمل رده ،
و ضمان الأرض كالمقبوض بالسوم ، واحتمل الفسخ من المشتري ، أو من الحاكم ويرتجع
التمن ، ويغرم قيمة ما عنده بالعيب القديم ، كالتالف من غير الجنس ، والأول أقوى ،
لأن تقدير الموجود معدوماً خلاف الأصل » وهو جيد جداً ، إلا أن الأول يجري في

التصرف - وفي الخصي أيضاً في خصوص حدوث العيب في الربوي كما هو واضح .
 واعتبر في المغرم من القيمة كونه من غير الجنس حذراً من الربا ، وقد سبقه في
 ذكر الاحتمالين ، الفاضل في القواعد «و لو كان المبيع حلياً من أحد النقدين بمساويه
 جنساً وقدرأ ، فوجد المشتري عيباً قديماً ، وتجدد عنده آخر لم يكن له الأرش ولا
 الرد مجاناً ، ولا مع الأرش ، ولا يجب الصبر على العيب مجاناً ، فالطريق الفسخ والزام
 المشتري بقيمته من غير الجنس ، معيباً بالقديم سليماً عن الجديد ، ويحتل الفسخ مع
 رضا البائع ، ويرد المشتري العين وأرشها ولارباً ، فإن الحل في مقابلة الثمن ، والأرش
 للعيب المضمون كالمأخوذ للسوم » .^١

لكن فيه أن الفسخ لا يتقيد برضا البائع ، وإنما المشتري به والعين مع الارش ،
 لا مكان عدم وجوب قبول ذلك عليه ، كما نص عليه بعضهم . نعم قديقوى الوجوب بعد
 الفسخ لعود المال إليه ، والعيب يجبر بالأرش الذي قد سمعت عدم الربا بعد الفسخ ،
 وأنه كأرش عيب المقبوض بالسوم إذا كان ربوياً ، ضرورة أن الربا في المعاوضات
 لا الغرامات .

وقد ينقدح من ذلك وجه آخر حكاه في التذكرة عن بعض الشافعية ، ونفى عنه
 البأس ، بل عن جامع الشرايع حكايته عن بعض أصحابنا ، وهو رجوع المشتري بأرش
 العيب ولاربا ؛ لأن المماثلة في ماله إنما تعتبر في ابتداء العقد ، وقد حصلت ، والأرش
 حق ثبت بعد ذلك ، ودعوى أن الأرش لفوات مقابلة من المبيع واضحة المنع ، ضرورة
 اقتضاءها انفساخ العقد بالنسبة إلى ذلك ، وأنه يستحق خصوص الثمن ، وأن نماؤه ،
 إلى غير ذلك مما لا يمكن التزامه ، بل لا بأس حينئذ بأخذ الأرش من الجنس ، ولا يشترط
 كونه من غير الجنس فتأمل جيداً والله أعلم .

﴿و﴾ وكيف كان ؟ ﴿إذا أراد بيع المعيب ؛ فالأولى﴾ والأفضل ﴿إعلام
 المشتري بالعيب أو التبري من العيوب مفصلة﴾ من غير فرق بين الخفي منه والظاهر ،

لأصله براءة الذمة من وجوب الإخبار بعد انجبار الضرر بالخيار ، لكن قيده جماعة من المتأخرين بالظاهر الذي يمكن للمشتري الإطلاع عليه من دون إعلام البائع .

أما الخفى فيجب الإخبار به ، وإلا كان غشا وتديسا ، بل ينبغي بطلان البيع في نحو شوب اللبن بالماء ، لأن المبيع المقصود غير معلوم القدر للمشتري ، وعليه نزل ما عن الخلاف « من باع شيئا وبه عيب لم يبينه فقد فعل محظورا و كان للمشتري الخيار » و المبسوط وفقه القرآن للراوندي « وجب أن يبين للمشتري عيبه ، أو يتبرئ إليه من العيوب ، والأحوط الأول » والتحرير « وجب الإخبار أو التبرئ من العيوب » لكن ظاهر الأخيرة أوصريها سقوط وجوب الإعلام حتى بالخفى إذا تبرئ من العيوب ، كما هو صريح الدروس قال : « يجب على البائع الإعلام بالعيب الخفى على المشتري إن علمه البائع ، لتحريم الغش ، و لو تبرئ من العيب سقط الوجوب » قال الشيخ : « والأعلام أحوط » بل عن إيصاح النافع أنه المشهور ، وكان وجه الأصل بعد عدم صدق الغش معه .

وعلى كل حال فلا خلاف في عدم وجوب الإخبار بالظاهر بعد تنزيل العبارات المزبورة على ما سمعت ، ولعله لذا قال في الرياض : « ويجوز بيع المعيب وإن لم يذكر عيبه مع عدم الغش بلا خلاف في الظاهر ، بل قد يظهر من إطلاق المتن والقواعد وغيرها عدم وجوبه حتى في الخفى ، ولعله للأصل و عدم كونه غشا بعد أن لم يكن من فعله ، ولا أخبر بسلامته .

نعم هو كذلك في مزج اللبن ، ولعل كلامهم في غيره . ثم على الوجوب فالظاهر صحة البيع ، لأن النهي عن أمر خارج ، بل لا يبعد ذلك حتى في اللبن الممزوج ، كما احتمله في المسالك قال : « ولا جهالة بعد علم مقدار الجملة ، فهو كما لو باع ماله وماله غيره وله الخيار حينئذ » وفيه أنه مناف لما فرضه أولا من كون عنوان المبيع اللبن منه لا -

المشاهد ، ولذا أبطله كالجهالة ، ولا يجدى العلم بالجملة بعد أن كانت مبيعا و غير مبيع ؛ فالوجه الصحة في الفرض إلا أن الظاهر كونه خيار عيب لا تبعث لصدق اسم اللبن على الممزوج ، وإلا كان خارجاً عن موضوع المسألة التي هي بيع ذى العيب الخفى المنافي صدق اسم العنوان عليه ، ويتجه فيه البطلان مع فرض جعل العنوان اللبن منه للجهالة ، ولو جعل المشاهد صح للعلم بالجملة حينئذ و لو كان بعنوان أنه لبن .

﴿ولو اوجمل﴾ في البراءة بأن قال : برئت من عيبه أو من جميع العيوب أو من العيوب ، ﴿جاز﴾ وكان كالتفصيل في الحكم ، لعموم المقتضى الذى قد عرفته فيما مضى من الإجماع وغيره ، فليسقط به حينئذ الخيار في الرد والأرش ، ويسقط به أيضاً وجوب الإخبار بالخفى ، بناء على سقوطه بالبراءة المفصلة ، خلافاً لما عن بعض الأصحاب فأوجب التفصيل فلا يبرء حينئذ بالإجمال ولا يسقط به الخيار ، بل قضيته ما استدله به في المسالك « من أنه يبيع مجهول البطلان ، إلا أنه كما ترى ، إذ لا جهل مع المشاهدة ، واعتبار ما يجب اعتباره في صحة البيع ، والعيب الحاصل فيه غير مانع من صحة البيع ولا يشترط معرفة الباطن ، لأنه يعتبر ويكفى فيه أصل السلامة ، حتى يقال: يذهب الوثوق به بالتبري ، فيكون كبيع المجهول ، على أنه قد عرفت في اشتراط سقوط خيار الروبة ما يؤكده ذلك ، فلا حظ وتأمل كل ذامع ضعف الخلاف المزبور ، وإن حكى عن ابن ادريس إلا أنه غلط قطعاً .

نعم حكاه في المختلف عن أبي علي وحكى فيه عن القاضي ما يقتضى ذلك ويمكن دعوى مسبوقيتهما بالإجماع وملحوقيتهما به ، فمافى الدروس « من أن في التبري مجعلاً قولين أشهرهما الاكتفاء سواء علم البائع بالعيب أم لا » مما يوهم أنه قول مشهور في غير محله والله أعلم .

﴿وإذا ابتاع شيئين صفقة﴾ من مالك واحد بثمن واحد ﴿ثم علم بعيب فى

أحدهما ، لم يعجزد المعيب منفردا و ﴿ لكن ﴾ له ردهما ﴿ معاً ﴾ أو أخذ الأرش ﴿ بلا خلاف أجده فيه ، بل في الغنية الإجماع عليه ، كما عن الخلاف أن دليله إجماع الفرقه وأخبارهم ، لأن رده خاصة موجب للتبعيض الذي يتضرر به البائع ، إذ يمكن جبره بتسلط البائع على الخيار حينئذ ، بل لظهور الأدلة في تعلق حق الخيار بالمجموع لأفي كل جزء منه ، لأقل من الشك ؛ ضرورة عدم الوثوق بإطلاق فيها على وجه يشمل الفرض والأصل للزوم ، ومنه يعلم حينئذ عدم الفرق في الحكم المزبور بين ما ينقصه التفريق كمصراعي باب أولاً ، ولابن حصول القبض وعدسه .

نعم لو تصرف فيهما أو في أحدهما مثلاً ، سقط الرد وتعين الأرش ؛ لأنهما بمنزلة مبيع واحد ، بالنسبة إلى ذلك ، ولا يقاس الخيار على الشفعة التي قيل أنهم صرحوا في بابها فيها الوبايع حصة من الدار والبستان صفقة بأن لشريكه فيهما أخذ أحدهما بالشفعة وإن تبعضت الصفقة ، والظاهر اتحاد الحكم في باقي الخيارات ، فليس له في خيار المجلس رد بعض المبيع و الالتزام بالباقي ، لما عرفت ، وإثباته لكل من الورثة في حقه على القول به لمذكر آخر كما أشبعنا الكلام فيه فيما تقدم .

و على كل حال فقد ظهر عدم التفريق في الصفقة الواحدة ، ومنه ما لو اشترى حاملاً و شرط الحمل أو قلنا بدخوله فوضعت ، ثم ظهر على العيب ، فليس له إفرادها بالرد ، لالتحريم التفرقة ، بل لا اتحاد الصفقة ، من غير فرق بين الأمة والدابة ، ولو كان الحمل عنده لا يتصرفه فالحمل له وإن فسخ ففي الدروس رد الالم ما لم تنقص بالحمل أو الولادة » وأطلق القاضي « أن الحمل يمنع من الرد ، إما بفعله أو باهماله المراعاة حتى ضربها الفعل وكلاهما تصرف ، قلت : لا ريب في قصور حملها على وجه لا يعد تصرفاً ، إلا أنه يمكن القول بمنعه مطلقاً من الرد إذا كان في غير زمن الخيار ، لأنه عيب حدث عنده ، لما استعرفه من عدم الحمل عيباً ، وعدم نقصها به لا يرفع كونه عيباً فتأمل والله أعلم .

ج ٢٣ (في أنه إذا ابتاع شيئين صفقة ثم علم بعيب في أحدهما لم يجوزده منفردا) - ٢٣٩ -

﴿وكذا﴾ في عدم جواز الاختلاف ﴿لو اشترى إثنان شيئا﴾ متحدا أو متعددا على جهة الشركة فيهما بثمن كذلك نعم ﴿كان لهما﴾ معاً ﴿ردّه أو إمساكه مع الأرض وليس لأحدهما ردّ نصيبه دون صاحبه﴾ على المشهور بين الأصحاب ، نقلا و تحصيلاً من غير فرق بين علم البائع بتعدد المشتري وجهله ، ولابن إتحاد العين و تعددها ، ولابن اقتسامها قبل التفرق وعدمه ، لالتضرر بتبعض الصفقة والشركة مع المشتري الآخر ، اذ قدرت إمكان دفعه بجبره بالخيار ، مع أنه لا يتم في صورة علم البائع بالتعدد ، بل لما سمعت من أصالة عدم الخيار على هذا الوجه ، بعد انصراف أدلته إلى غيره .

ودعوى تنزيل تعدد المشتري منزلة تعدد العقد واضحة المنع بالنسبة إلى ذلك خلافا للمحكي عن شركة المبسوط والخلاف وأبي علي والقاضي والحلي وصاحب البشري وفخر الاسلام ، فجوزوا اختلافهما في ذلك ، واستوجهه في المسالك ، ونفى عنه البعد في التذكرة ، لاطلاق الأدلة وكونه بمنزلة عقدين وإقدام البائع على الشقص ، وللتحرير والكركي فيجوز مع علم البائع بالتعدد لامع جهله ، واستحسنه صاحب المسالك ، وضعفهما معاً وأضح بعد ما عرفت من انصراف الاطلاق إلى غيره ، ومنع التنزيل وتأثير الاقدام ، بل الأخير منهما أوضح ضعفاً ، ضرورة عدم مدخلية العلم والجهل في تعدد العقد واتحاده نعم لهما مدخلية في ثبوت الخيار للبائع بالتبعض وعدمه كما هو واضح .

و لو كان المبيع عينين لكل واحد من المشتريين واحدة منهما معينة و لو بما يخصها من الثمن لو كان كلياً ، فالظاهر جواز التفريق ، للتعدد حقيقة ، مع احتمال عدم ، بل في المسالك «إمكان تمشي الخلاف فيه نظراً إلى اتحاد العقد إلا أن الأول أقوى» ، ولو ظهر العيب في الأول في الثمن فإن كان في جميعه فعلا إشكال في التخيير ، وإن كان في بعضه فالظاهر عدم جواز ردّه حتى على القول بجواز

التفريق في المشتريين ، لوضوح الفرق بينهما ، بأن المشتري الذي يرد إنما يرد تمام حصته ، فيكون كأنه رد تمام المبيع نظراً إلى تعدده بالنسبة إليه ، وهذا لا يأتي في الثمن لأن البائع إنذاره ، إنما يرده عليهما معاً إذا الفرض كونه مشتركا بينهما فأذا رد المعيب فقد رد على مستحقه بعض حقه ، وبقي البعض الآخر عنده ، فهو في التحقيق من قبيل المسألة الأولى التي قد عرفت عدم الخلاف في عدم جواز التفريق فيها .

فما عَنِ بعض الأصحاب - من جواز التفريق في غير المعيب منه وبطل ما قبله من المبيع حينئذ نظر إلى كون العقد بمنزلة التعدد باعتبار تعدد المشتري فيه - واضح الضعف ، وإن جعله في المسالك وجهاً ، نعم لو دفع كل من المشتريين جزءاً من الثمن متميزاً ، واشترى بالمجموع شيئاً مشتركاً ، فظهر بأحدهما عيب ، وكان المعيب مساوياً لحصّة صاحبه ، أمكن جواز رده خاصة لما لكه ، لتحقيق التعدد حينئذ ، كما أن الظاهر إن لم يكن مقطوعاً به جواز التفريق لو اشترى باعنين كل منهما بثمن مستقل لأعلى وجه الشركة ، وإن كانت الصفقة واحدة في الصورة لإعلى احتمال تسمعه من المحقق الثاني هذا كله في تعدد المشتري .

أما لو تعدد المستحق مع اتحاد المشتري ابتداء كما لو تعدد وارث خيار العيب ، ففي القواعد «أنه لا إشكال في وجوب التوافق» ولملّه لا اتحاد العقد ، لكن قال فيما تقدم في الخيارات : «وهل للورثة التفريق ؟ نظر أقرب به المنع» واحتمله في المسالك هنا ، وقد عرفت التحقيق في ذلك فيما تقدم ، فلاحظ وتأمل .

ولو تعدد البائع واتحد المشتري جاز التفريق ، سواء اتحد العقد أو تعدد ، بل في الدروس وعن ظاهر التذكرة و تعليق الارشاد الإجماع عليه ، حيث قالوا جازله له الرد قطعاً ، ولملّه لأن تعدد البائع يوجب تعدد العقد ، ولعدم التبعض على المردود عليه ، لكن في جامع المقاصد «قديقال : إذا اتحد العقد ؛ جاء الإشكال السابق في المشتريين صفقة ، لصورة الصفقة هنا أيضاً ، قيل : وفيه أن الفرق بين تعدد المشتريين

وتعدد البايعين واضح، لأنه يلزم في الأول تبعض الصفقة على البايع ولا كذلك الثاني. نعم يجيء الإشكال في بعض الصور، منها ما إذا اشترى اثنان من اثنتين دفعة في صفقة واحدة، لأن كل واحد من المشتريين قد اشترى ربع العبد مثلاً من كل واحد من البايعين فلورود الربع على أحدهما تبعضت الصفقة عليه.

قلت: بعد الأعضاء عما ذكره يمكن القول بكون الوجه في عدم جواز الرد في تعدد المشتري عدم تناول الأدلة له، فتبقى أصالة اللزوم بلامعارض، ونحوه يأتي هنا أي تعدد البايع مؤيداً بدعوى ظهور الأدلة في كون الخيار في نفس العقد، فمع اتحادهم لا يتصور التفريق فيه إلا أن الأقوى ما ذكرناه أولاً فتأمل جيداً والله أعلم

﴿وإذا وطئ الأمة ثم علم بعيها﴾ الذي هو ليس بحبل ﴿لم يكن له ردها﴾ عندنا وقمين له الأرض بلا خلاف إلا من الجعفي كما في الدروس، ولا إشكال نصاً (١) وقوى بل الإجماع بقسميه عليه ﴿فإن كان العيب حبالاً جازاً لردّها و يرد معها نصف عشر قيمتها لمكان الوطئ﴾ إجماعاً محكيافى الاستبصار والغنية إن لم يكن محصلاً، وهو الحجة بعد المعبرة المستفيضة أو المتواترة في ردها وأنه لا يمنع منه الوطئ وفي صحيح ابن سنان (٢) ومعتبر عبد الملك بن عمرو (٣) وخبري سعيد بن يسار (٤) وفضل مولى محمد بن راشد (٥) «يرد معها نصف العشر» وفي خبر عبد الرحمن (٦) «يرد معها شيئاً» وفي صحيح محمد (٧) «يكسوها» وتأولهما الشيخ بمطابقة نصف العشر، ولكن روى عبد الملك بن عمرو (٨) عن الصادق عليه السلام «في الرجل يشتري الجارية وهي حبلية

(١) الوسائل الباب ٢ من أبواب أحكام العيوب .

(٢) (٤٠٣، ٢) الوسائل الباب ٥- من أبواب أحكام العيوب الحديث ١-٣-٩

(٥، ٦، ٧، ٨) الوسائل الباب ٥- من أبواب أحكام العيوب الحديث ٨-٥-٦-٧

فيطأها قال : يردّها و يرد معها عشر ثمنها إذا كانت حبلى » و حمله في التهذيبين على الغلط من الناسخ أو الراوي بإسقاط لفظ نصف ليطابق ما رواه هذا الراوي بعينه ، وغيره .

وقد يؤيده ما في الدروس « من أنه ذكر الصدوق (١) هذا الخبر برجاله ، وفيه نصف العشر » كما أنه يمكن حمله على كون عشر الثمن نصف عشر قيمتها ، أو على البكر بحمل الحمل من السحق أو وطى الدبر بناء على أن له منفذاً ، مؤيداً بما في الكافي بعد أن ذكر خبر عبد الملك المتضمن للنصف قال : في رواية أخرى (٢) « إن كانت بكراً فعشر قيمتها ، وإن لم تكن بكراً فنصف عشر قيمتها » وبالمعلوم من وضع الشارع العشر لو طىء البكر في غير المقام .

وعلى كل حال فقد عرفت من ذلك مستند ما عن الحلبي من إطلاق رد العشر ، وما عن ابن إدريس والفاضل والكركي والفطيفي والميسري والشهيد الثاني وبعض متأخري المتأخرين من رد ذلك إذا كانت بكراً ونصفه إن كانت ثيباً ، إلا أن الأول - مع اتحاده واحتماله ما عرفت ، وذكره عشر الثمن ، لا القيمة ، وظهوره في كون الوطىء مع العلم بالحبل الذي ستعرف خروجه عما نحن فيه ، ومخالفته للمعلوم من وضع الشارع نصف العشر لو طىء الأجنبي ، فضلاً عن المقام الذي كان الوطىء فيه من المالك - قاصر عن معارضة النصوص السابقة المعتمدة بعمل الأصحاب من وجوه ، فلا ريب حينئذ في ضعف القول .

أما التفصيل فإنه وإن أمكن حمل الخبر المذكور عليه . و يشهد له المرسل المزبور (٣) المؤيد بمعلومية وضع هذا التقدير للوطىء في غير المقام ، إلا أن إطلاق النصوص (٤) الكثيرة والفتاوى على خلافه ، اللهم إلا أن يدعى إنصرافه للحامل

(١) الفقيه ج ٣ ص ١٣٩ الحديث ٥٠ الطبع الحديث النجف :

(٣-٢) الوسائل الباب ٥ - من أبواب أحكام العيوب الحديث ٢

(٤) الوسائل الباب ٥ من أبواب أحكام العيوب .

التي ذهبت بكارتها كما هو الغالب ؛ وفيه بعد إمكان منع عدم تناول الحامل له وإن ندرسببه بالسحق ونحوه، أن المتجه حينئذ خروج البكر الحامل عن موضوع المسألة كما احتمله في القواعد في الحامل بالمساحنة فتبقى حينئذ على القواعد، لأن الجرة على إخراجها عنها بالمرسل المزبور الذي لا جابر له، مع أنه بأضعف وجوه الإرسال. كما ترى خصوصاً مع إمكان دعوى عدم جواز الرد فيها بقوات جزء من العين وهي البكارة فهي كما لو تصرف فيها بغير الوطىء معه . فإنه لا إشكال في خروجها عن موضوع المقام حينئذ وبقاءها على مقتضى القواعد، كالتي وطأها المشتري في دبرها، بناء على انصراف الوطىء في النصوص والفتاوى إلى الغالب من الوطىء بالفرج، فلا ترد حينئذ، وعلى تقديره فالظاهر رد نصف العشر لو كانت بكراً وفقاً لجماعة ؛ لظهور توظيف العشر لزوال البكارة، والفرض بقاءها، مضافاً إلى إطلاق النص بنصف العشر مع احتماله، لصدق وطيء البكر، إلا أنه ضعيف كضعف احتمال ردّها بلا شيء، لثرتب العشر ونصفه على الوطىء المنصرف إلى التبل، وطريق الاحتياط في جميع ذلك غير خفي .

و كيف كان فلا إشكال في الرد بالجبل مع الوطىء بنصف العشر في الجملة، خلافاً للمحكي عن أبي علي فمنعه مطلقاً، ووافق الفاضل في المختلف والسيد في الرياض، وحملوا إطلاق النصوص والفتاوى على الحامل من المولى، فيصنون بيعها باطلاً، ورد العقر حينئذ عوض وطيء ملك الغير، فلا مخالفة فيها لقاعدتي «عدم رد المعيب بالتصرف، وعدم العقر الموطىء في الملك» على أن الموظف منه للبكر العشر، وقد أطلق في النص والفتوى نصف العشر، المعتضد أولهما بالمعتبرة المستفيضة الدالة على عدم جواز رد الجارية إذا وطئت بالعيب السابق وإتماله الأرش وفي صحيح محمد بن مسلم (١) «مما إذا الله أن يجعل له أجراً» قال في أولهما «مثل أحدهما ^{إلا} عن الرجل يبتاع الجارية فيقع عليها فيجد فيها عيباً بعد ذلك، قال : لا يردها على صاحبها، ولكن تقوم ما بين العيب والصحة ويرد على المبتاع مما إذا الله أن يجعل لها أجراً» وفي الآخر (٢) عن

(١ و ٢) الوسائل الباب ٢ من أبواب أحكام العيوب الحديث ٨٥٢ لكن الثاني من محمد

الصادق عليه السلام قال : كان علي عليه السلام لا يرد الجارية بعيب إذا وطئت ، ولكن يرجع بقيمة العيب ، وكان علي عليه السلام يقول : معاذ الله أن أجعل لها أجراً .

وفيه أنه يشبه أن يكون اجتهدا في مقابلة النصوص والفتاوى بلا شاهد ، بل اقتصارهما على خصوص الوطء شاهد بخلافها ، ضرورة عدم الفرق في رد الحامل من المولى بين التصرف فيه بوطء ، وغيره ، لفساد البيع ، ودعوى تخصيصه لكونه الغالب في مشترى الأمة واضحة المنع كما أن تعبير أكثر الأصحاب بجواز الرد شاهد على الخلاف أيضاً ، إذ على الفرض المزبور يجب الرد .

نعم عن نهاية الطوسي يلزمه الرد ونحوها عن المراسم و الوسيلة ، إلا أنها في جنب غيرها من إطلاق الأصحاب وتصريحهم كالعدم والنصوص وإن اشتمل بعضها على الأمر بالرد إلا أنه في مقام توهم الحظر ، لمعلومية عدم رد المعيب إذا تصرف فيه و خصوصاً الجارية إذا وطئت ، والأجر في الصحيحين للرد على بعض العامة القائلين برد الجارية غير الحبل مع الأجر إن وطئت ، لأن المراد به ما يشمل العقر المزبور ، كما أن المراد بالعيب فيهما غير الحبل ؛ بل كاد يكون صريح صحيحى ابن سنان (١) ووزارة (٢) منها ، مع أنه لاستنكار في تقييد المطلقات وتخصيص العمومات بمثل هذه النصوص المستفيضة المعمول بها عند الأصحاب قديماً وحديثاً .

ومنه يعلم أنه لا حاجة إلى ما في الدروس وغيرها من تكلف كون الفسخ هنا الورود كاشفاً عن الفساد من الأصل حينئذ ، فيكون الوطء بغير الملك ، فيتجه إعطاء العقر ، مع أن الكشف خلاف الأصل أولاً وخلاف المعهود في باقي الخيارات ثانياً ، فال التزام رد العقر وإن كان الوطء في الملك لهذه النصوص أولى قطعاً ، وقد ورد مثله في التصرية كما استسمع ، وإطلاق نصف العشر في النص والفتوى مشترك الإلزام ، ضرورة عدم تماميته على تقدير كون الحمل من المولى ، كما أن الجواب عنه بانصراف الحامل إلى فاقدة البكارة على ما هو الغالب مشترك بينهما .

بل ربما يجاب عنه على المشهور ، باستثناء هذه البكارة من وطىء البكر لمكان الحمل الذي بسببه كانت بكارتها بمنزلة العدم ؛ وإن كانت من سحق ونحوه فأزها حينئذ على البائع على أن ذلك إنما يتم على من أطلق ، أما من فصل بين البكر وغيرها فلا يرد عليه ذلك ، فلا ريب حينئذ في ضعف الحمل المذكور ، مع أن المحكي عن ابن الجنيّد الذي عوّأ لأهل في الخلاف ، أنه قيد الحمل بكونه من المولى ؛ وهو أعم من بطلان البيع ، إذ يمكن حمله على حمل منه بحيث لا يقتضي ذلك ، كما لو حملت من رائحة منته مثلاً قال في الدروس : «وقيد ابن الجنيّد بكون الحمل من المولى ، ويلوح من النهاية ، وحينئذ يتوجه لزوم الرد ، المحكم بطلان البيع ، ويتوجه وجوب العقر ؛ ولو حمل على حمل لا يلزم منه بطلان البيع لم يلزم الرد وأشكل وجوب العقر لأنها ملكه حال الوطىء ، إلا أن يقول : الرد يفسخ العقد من أصله ، أو يكون المهر جبراً لجانب البائع كما في لبن الشاة المصراة أو غيرها عند الشيخ ، والأخبار مطلقة في الحمل وهو الأصح » قلت : بل ما فيها من شبه التفصيل بين عيب الحمل وغيره ، كالصريح في إرادة الحمل من غير المولى والله أعلم .

هذا ﴿و﴾ قد ظهر لك مما ذكرنا أنه ﴿لا ترد﴾ الأمة ﴿مع الوطىء﴾ قبل أو دبراً ﴿بغير عيب الحمل﴾ وأنها ترد به إذا وطئت ، لكن قد يظهر من المتن وغيره اشتراط ذلك بعدم العلم بالحبل حال الوطىء ، فلو وطأها عالماً لم يكن له الرد ، وبه صرح في الدروس والمحكي عن غيرها فقال : «ولو وطىء بعد العلم بالحبل تعين الأرش ، ويظهر من التهذيب جواز الرد ، ويلزمه العشر عقوبة وجعله محملاً لرواية العشر ، وأكثر الأخبار مقيدة بعدم العلم » قلت هو كذلك إلا أنه في أسئلتها ؛ بل في صحيح ابن سنان (١) عن الصادق عليه السلام «قال على عليه السلام لا ترد التي ليست بحبلى إذا وطأها صاحبها ، ويوضع عنها

من ثمنها» إلى آخره، وفي خبر زرارة (١) عن الباقر عليه السلام «كان على بن الحسين عليهما السلام لا يرد التي ليست بجبلي إذا وطأها» ومفهومها مطلق، بل خبر عبد الملك (٢) كالظاهر في الوطى مع العلم وعدم القول بما تضمنه من رد العشر لا ينافي العمل به بالنسبة إلى ذلك، إلا أن الحكم لما كان مخالفاً للعمومات والإطلاقات، وجب الاقتصاد فيه على المتيقن.

وهل يلحق بالوطى مقدماته من اللمس ونحوه، ففي الدروس «نظر من التنبيه ومن النص على إسقاطها خيار الحيوان ولأن الوطى مجبور بالمهر بخلاف المقدمات» وفي المسالك بعد أن ذكر الوجهين أيضاً من الاقتصاد فيما خالف الأصل على مورد النص، ومن الأولوية واستلزامه لها غالباً قال: «وتوقف في الدروس ولدوجه إن كان وقوع تلك الأشياء على وجه الجمع بينها وبين الوطى، ولو اختص التصرف بها فلا لحاق به من باب مفهوم الموافقة وإن كان استثناءها مطلقاً متوجهاً للملازمة».

قلت: قد تمنع الأولوية إذا اختص التصرف بها لأعلى إرادة الوطى، بل وعلى إرادته ولم يقع، ولا تلازم بين العقوبتين، أما إذا وقع فقد يقوى عدم منعها من الرد، لفحوى الرد بالوطى الذى يقارنه غالباً هذه المقدمات مع ترك الاستفصال.

ثم إن ظاهر نصوص المقام وقتاواه كون الحمل عيباً فى الأمة، بل الظاهر ذلك وإن قلنا بتبعيته للمبيع، إذ الزيادة حينئذ للمشتري من هذا الوجه لأننا فى النقيصة من آخر وإلا لم يجزرد المبيع المعيب إذا كان فيه صفة أخرى لم يشترطها المشتري على البائع، وهو مخالف لإطلاق النصوص، لكن قد سمعت فيما سبق ما فى الدروس، وعن الخلاف والغنية والتحرير أنه لو حملت الأمة عند المشتري ردها بالعيب السابق دون الولد، بل مدعيها فى الأولين الإجماع عليه، ونحوه عن المبسوط والتذكرة إلا أنهم ما قيدها بما إذا لم تنقص بذلك، وإلا تعين لد الأرض.

(١) الوسائل الباب ٣- من أبواب أحكام العيوب الحديث ٥

(٢) الوسائل الباب ٥ من أبواب أحكام العيوب الحديث ٣

وفي القواعد «لو كان المبيع غير الأمانة فحمل عند المشتري من غير تصرف ، فالأقرب أن للمشتري الرد بالعيب السابق ، لأن الحمل زيادة » ومقتضى تعليقه كون الحكم كذلك في الأمانة أيضاً ، بل لو اشترى حاملاً غير عالم بذلك ، ولذا بتبعية الحمل للمبيع كان المنتج أيضاً عدم الرد به وإطلاق النصوص حجة عليه ، بل لا يبعد كونه عيباً في الدابة فضلاً عن الأمانة ، فلا يرد معه بالعيب السابق ، لحدوث العيب إذا فرض حملها في غير زمن الخيار ، كما عن فخر المحققين وأول الشهيدين في الحواشي ، والكركي لانتقاص الانتفاع بها ، وكونها معرضاً للتلف بما يخشى منه على الحامل ، بل قد يقال بأن دراجه في الضابط الآتي لكن لا يضاف عدم خلو المسألة بعد عن الإشكال ، فلا ينبغي ترك الاحتياط فيها .

بقي شيء وهو أن الحامل التي وطأها المشتري ولما يعلم إذا وجدها معيبة بغير الحمل أيضاً فقد ينساق إلى الذهن أنها أولى بالرد من المعيبة بالحمل خاصة ، بل إطلاق النص شامل لها ، لكن قد يقال : إن المنتج لقاعدة الاقتصاد عدم الرد بعد انسياق غير المعيبة إلا بالحمل من نصوص الرد بالوطئ . ولعله لذا قال المصنف : فإن كان العيب الحمل مضافاً إلى إطلاق غير واحد من النصوص ، عدم الرد مع الوطئ إذا كانت معيبة ، والمتيقن في الخروج منه ما إذا لم تكن معيبة إلا بالحمل فتأمل جيداً .

ولو شبه الحمل - فلم يعلم كونه عند البائع أو المشتري ، فأخرج بالفرعة بناء على ذلك وألحق بمن كان وطأه من زوج أو غيره عند البائع - ففي جواز الرد نظر ، من اقتضاه للحقوق السابق ، ومن أنه حكم شرعي لا يقتضي تنقيح عنوان فوجدها حاملاً ، وقاعدة الاقتصاد تقتضي الثاني .

﴿ القول في أقسام العيوب والضابط ﴾ فيها على ما طفحت به عباراتهم مع اختلاف يسير ، بل عن مجمع البرهان الإجماع وفي الرياض الظاهر الاتفاق

عليه عليه السلام أن كل ما كان من أصل الخلقة، فزاد أو نقص فهو عيب، فالزيادة كالاصبع الزائدة والنقصان كفوات عضو عليه السلام والأصل في ذلك، واقعة ابن أبي ليلى مع محمد بن مسلم، ففي الكافي (١) عن الحسين بن محمد عن السيارى قال: «روي عن ابن أبي ليلى أنه قدم إليه رجل خصماله، فقال: إن هذا باعني هذه الجارية فلم أجد على ركبها حين كشفها شعرا» أي العانة وزعمت أنه لم يكن لها قط، فقال ابن أبي ليلى إن الناس ليحتالون إلى هذا بالحيل حتى يذهبوا به، فما الذي كرهت، فقال: أيها القاضي إن كان هذا عيبا فاقض لي به، فقال: اصبر حتى أخرج إليك، فإني أجد أذى في بطني، ثم دخل وخرج من باب آخر حتى أتى محمد بن مسلم الثقفي، فقال له: أي شيء تروون عن أبي جعفر عليه السلام في المرأة لا يكون على ركبها شعرا، يكون ذلك عيبا؟ فقال له محمد بن مسلم: أما هذا نصاً فلا أعرفه، ولكن حدثني أبو جعفر عن أبيه عن آبائه عليهم السلام عن النبي عليه السلام أنه قال: كلما كان في أصل الخلقة فزاد أو نقص فهو عيب، قاله ابن أبي ليلى: حسبك، ثم رجع إلى القوم، ف قضى لهم بالعيب ولا يقدح ضعف سنده بعد إلا نجار يعمل الأصحاب الذين عبر كثير منهم بلفظه، وآخر بما يرجع إليه من أنه الخروج عن المعجى الطبيعي لزيادة أو نقصان، ومراد الجميع كما قيل عدم الزيادة والنقصان أو صفة عن أكثر نوع ذلك المعيب.

نعم قيده الفاضل في بعض كتبه، بالموجب لنقصان المالية كالمنحكي عن يحيى بن سعيد، وأطلق غيره بل صريح ثنائي الشهيدين وغيره، بأنه لا يجب أن يكون موجبا للنقص، للاتفاق على أن النقص عيب مع إيجابه زيادة، وكذا عدم الشعر على الركب، ومن هنا اعترضه في جامع المقاصد بأنه كان عليه أن يقيد بقوله غالباً، ليندرج فيه النقص والجيب، فإنهما يزيدان في المالية، مع أنهما عيبان، فيثبت بهما الرد قطعاً، وفي الأرض إشكال.

ولعل الذي دعاه الى التقييد بالنقص ، القطع بعدم العيب فيما لو زاد بحيث لا يعد عيباً عرفاً ، كزياده بعض الاسنان وبعض الثالول ونحو ذلك ، بل ربما يزيد زيادة تزيد في حسنه كالشعر في الأهداب والحوajib ، وكذا لو نقص نقيصة لا تعد عيباً عرفاً كبعض الأجزاء ، إلا أنه كان الأولى ايكال ذلك إلى العرف ، لا الاحتراز عنه بنقص المال ، لما عرفت من أن بعض العيوب عرفاً كالخصا ونحوه لا تنقص قيمة المال ، بل لعله يغني عما في جامع المقاصد من أنه ينبغي أن يكون المراد بالمجرى الطبيعي ما جرت به العوائد الغالبة ، ليندرج فيه الأمور التي ليست مخلوقة أصلاً ، ليكون على نهج مقتضى الطبيعة أم لا ، ككون الضيقة ثقيلة الخراج ومنزلة الجنود .

قلت : إذا جعل المدار على العرف استغنى عن ذلك كله ، ضرورة أن عيب كل شيء بحسبه ، ﴿و﴾ لا حاجة إلى تخلف دخول ﴿نقصان الصفات كخروج المزاج عن مجراه الطبيعي﴾ مستمرا كان كالممرض ، أو عارضا ولو كحمى يوم ﴿في الخلقة﴾ مع أنه يمكن دعوى غير ذلك منها ، ولا تكلف غير ذلك ، على أنه لا ظهور في الخبر في حصر العيب بذلك ، والمراد بحمى اليوم المحكي عن التذكرة الاجماع عليه يوم البيع أو قبل القبض مثلاً فضلاً عن حمى الود والغب .

وقد ظهر من ذلك كله أنه لا إشكال بل ولا خلاف في أن الجذام والبرص والجنون والعمى والعرج والقرن والفتق والرتق والقرع والصمم والخرس وأنواع المرض والاصبع الزائد والحوال والخصوص السبل وهو زيادة الأجفان والتخنيث وهو كونه خنثى والجب والخصا ونحوها عيوب ، والمشهور أن بول الكثير أي الذي لا يبول مثله في العادة عيب ، خلافاً للشيخ ، واعتياد الزنا والسرقة ، بل ترك بعضهم الاعتياد ، وعن المبسوط إذا وجد سارقاً كان له الخيار اجماعاً ، وفي جامع المقاصد «نظني أن الاعتياد غير شرط ، لأن الإقدام على القبيح مرة يوجب الجريمة ، ويصير للشيطان عليه سبيل ؛ ولترتب وجوب الحد الذي لا يؤمن معه الهلاك» وعلى هذا يكون شرب الخمر والنبيذ عيباً كما في التمهير والدروس ، بل في الجامع أيضاً «ولو حصلت التوبة الغالبة المعلوم

صدقها ، ففي الزوال نظر» وإن كان هو كما ترى
 لكن على كل حال فلا ريب في أن اعتياد السرقة والزنا ونحوهما من المفسد
 عيوب ، أمّا المرة الواحدة فيشكل ثبوت العيب بها ، وقد يحمل عليه ما عن الخلاف
 من أن العبد والأمة إذا وجدتهما زائيين لم يكن له الخيار ، والفسق ليس عيباً قطعاً لكن
 مقتضى ما سمعت قديقال : إنه إذا كان بارتكاب الكبائر يكون عيباً ، لأنه يقتل صاحبها
 في الثالثة أو الرابعة كما أنه قديقال بعدم العيب من حيث استحقاق الحد بكل ما يوجبه ،
 بناء على حرمة إقامته في هذا الزمان أو قلنا بجواره وقطعنا بعدم وقوعه ، ومنه يعلم
 الأشكال في عدم استحقاق الحد عيباً بالاخلاف كما تسمعه

وأطلق جماعة كون البخر والصنان عيباً ، وقيد في القواعد بما لا يقبل العلاج ،
 ولعل التقيد بالزائد على المعتاد منه أولى ، إلا أنه ومع ذلك لا يخلو من إشكال
 في بعض أفراد العيب ، وعن الخلاف والمبسوط أنه لا يثبت بالبخر الخيار ، وعن المختلف
 أنه عيب في الجارية دون العبد ، لكن يثبت به الخيار فيه ، لأنه خارج عن الأمر
 الطبيعي كالعيب ، وفيه ما لا يخفى ، ولعل ما ذكرناه من الإحالة إلى العرف يغني عن
 تحقيق ذلك ، كما أنه يغني عما ذكره في القواعد ، وعن التذكرة من كون الضيعة منزل
 الجنود وثقليلة الخراج عيباً ، وليس عدم الختان في الصغير والأمة والمجلوب من بلاد
 الشرك مع علم المشتري بجلبه عيباً قطعاً ، أمّا الكبير فقد صرح الفاضل والشهيد
 بكونه عيباً ، خلافاً لما عن المبسوط والخلاف ، ولا خلاف أجده في أن استحقاق القتل
 أو القطع أو غيره من أنواع الحد والتعزير المخوف ، والاستسعاء في الدين عيب ، بل
 عن التذكرة الإجماع عليه في الجملة وفي الدروس «الأقرب كونه لزنية أو عسر أي يعمل
 يساره عيب ، ويقوى ذلك في الكفر» واستشكل في القواعد في الثاني ، وجزم بعدم
 في الأول والثالث ، بل ربما قيل إنه المشهور في الأخير ولعل من عدّه عيباً نظر إلى
 الخروج عن الطبيعي به للولادة على الفطرة.

أما التزويج والاحرام والصيام والحجامة والحياكة والاعتداد ومعرفة الغناء والنوح والقمار ونحوها ، وعدم معرفة الصنائع والطبخ والخبز ونحوها فليس عيباً ، ولو ظهر تحريم إلا أنه على المشتري بنسب أو رضاع أو مصاهرة ففي الدروس « فى كونه عيباً نظر ؛ من نقص انتفاعه ، وعدم صدق الحد عليه مع بقاء القيمة السوقية ولو كانت الأمة مستحاضة قيل إنه عيب أيضاً ، وقيل منه أيضاً الحمق البين ، ونجاسة ما يحتاج تطهيره إلى مثونة أو كان منقصاً للعين وكثرة السهو والنسيان »

وبذلك كله وغيره يظهر لك الاحتياج إلى مراعاة العرف ، وصعوبة الاكتفاء بالخبر المزبور (١) ألكلهم إلا أن يقال لأبأس بالتعويل عليه وخروج بعض الأمور التي لا تنطبق عليه بالاجماع ونحوه ، واحتمال أن له موضوعاً شرعياً ، أو مراداً كذلك و أنه لا عبرة بالعرف كما ترى ، هذا . وقد يقال : بعد ملاحظة اتفاقهم ظاهراً على جعل مضمون الخبر المزبور ضابطاً للعيب وعدمه ، وملاحظة عدم اندراج جملة مما ذكرنا فيه الخيار للعيب فيه ، وملاحظة جملة مما سمعته من كلماتهم المشوشة التي في بعضها ثبوت الخيار مع نفى المعيبية ، أن الضابط المزبور للعيب الذي يثبت به الخيار ، وإن لم ينقص به قيمة المال ، كالجب والخصا وعدم الشعر على الركب ، وغير ذلك مما هو نقص فى الخلقة أو بزيادة فيها ، بمعنى الخروج عن مستوى الخلقة بنقصان أو زيادة ، فإنه عيب يثبت به الرد وإن زادت قيمة المال .

وأما الزيادة التي يزداد بها حسننا كشعر الأهداب ونحوها ، فهي من الكمال فى مستوى الخلقة لا الخروج عنها ، فلا يرد على الضابط المزبور ، أمّا غير ذلك من العيوب التي لا تندرج فى الضابط المزبور نحو كون القرية ثقيلة الخراج ومنزل الجنود ، وكون العبد قاتلاً أو سارقاً أو نحو ذلك مما يوجب الحد والقصاص ، فمدار الخيار فيه على نقص المالية الموجب للتضرر ، ولعل إطلاق اسم العيب عليه باعتبار اللغة ، لأنه

ها لمطلق الوصفة ، أولاً أنه عيب في المعاملة باعتبار اشتمالها على الضرر ، وأو غير ذلك ، بل قد يناقش في ثبوت الارش لجملة منها كما يفصح عنه حكمهم بثبوت الخيار في العبد الجاني ، وفي الدار المستاجرة لو بيعت من دون ذكر أرض ، وبذلك يتم الامر ، ويظهر لك ما في جملة من الكلمات ، والله الهادي هذا كله فيما يعتد عيباً .

﴿و﴾ أما فوات مالم يكن كذلك فقد عرفت في بحث الشرائط أن ﴿كل ما شترطه المشتري على البائع مما يسوغ ، فأخلّ به﴾ أولم يحصل ﴿يثبت به الخيار وإن لم يكن فواته عيباً ؛ كاشتراط العودة في الشعور التأشير﴾ بالشين المعجمة ﴿في الأسنان ، والزجج في الحواجب﴾ والاسلام ؛ والبكارة ومعرفة الطبخ أو غيره ، وكونها ذات لبن ، أو كون الفهد صيوداً ، ولو شرط غير المقصود ، وظهر الخلاف ولم يكن غرض يعتد به ، فلا خيار على الاقوى ، وليس منه شرط الكفر أو الشيوبة أو كون الدابة حائلاً فبانت حاملاً لتعلق الاغراض بذلك ، ولو شرطها حاملاً صح ولو شرط الحلب كل يوم شيئاً معلوماً ، أو طحن الدابة قدراً معيناً ، ففي القواعد لم يصح .

وكيف كان فالمراد من الخيار المزبور الرد والالتزام بلا أرض إذا لم يكن فواته عيباً كما عرفت البحث فيه فيما تقدم ، كما أنك عرفت كون المقصود من اشتراط هذه الصفات التي لا ترجع إلى فعل المشتري تعريض العقد للجواز إذا لم تحصل فلا حفظ و تأمل جيداً كي يظهر لك جملة مما له تعلق بالمقام . والله أعلم

﴿وهاهنا مسائل﴾

﴿الأولى : التصرية تدليس﴾ إذا المراد بها جمع اللبن في الضرع أيا ما ليظن الجاهل بذلك أنها حلوب ، وفي المحكي عن نهاية الاثرية المصرية : الناقة أو البقرة

أو الشاة يصري اللبن في ضرعها أى يجمع ويحبس ، ثم قال : أيضاً قد تكررت هذه اللفظة في الأحاديث منها قوله عليه السلام (١) «لاتصروا الابل والغنم» فان كان من الصر فهو بفتح التاء وضم الصاد وإن كان من الصري فيكون بضم التاء وفتح الصاد وروي أيضاً (٢) من اشترى مصراة فهو بخير النظرين» والمصباح المنير «صريت الناقة، فهي صرية من باب تعب إذا اجتمع لبنها في ضرعها، ويتعدى بالحركة والتضعيف مبالغة و تكثيرا فيقال: صريتها صرية إذا تركت حلبها» والصحاح «صريت الشاة صرية إذا لم تحلبها أياماً؛ والشاة مصراة فلم يذكر غير الشاة» والقاموس «ناقة صربا محفلة والصري: كربي المصراة والشاة المحفلة» انتهى وحفلت الشاة بالثقل، تركت حلبها حتى اجتمع اللبن في ضرعها فهي محفلة، وكان الاصل حفلت لبن الشاة، لأنه هو المجموع فهو محفل هذا

ولكن لم أجد هذه اللفظة في شيء مما وصل إلينا من النصوص، إلا ما عن الصدوق في معاني الأخبار (٣) «عن محمد بن هارون الزنجاني عن علي بن عبد العزيز عن أبي عبد الله عليه السلام رفعه إلى النبي صلى الله عليه وآله لاتصر والابل والغنم، فإنه خداع، ومن اشترى مصراة فإنه يتخير بأحد النظرين، إن شاء ردها ورد معها صاعاً» وقد قيل: الظاهر أن الصدوق نقل هذا الخبر من طريق الجمهور، لعدم وجوده في كتب الأخبار، بل وكذا ما عن هداية الحر لاتصر والابل والغنم من اشترى مصراة فهو باخرى النظرين إن شاء ردها ورد معها صاعاً ثم أورد أيضاً (٤) «من اشترى محفلة فليرد معها صاعاً بل لم اعثر في النصوص على

(٢٠١) النهاية الاثرية ج ٣ ص ٢٨٢ الطبعة الخيرية بمصر

(٢٠٣) الوسائل الباب ١٣ من ابواب الخياد الحديث - ٢٠٢ مع اختلاف يسير في الاول

ما يفيد معناها وإن لم يكن بهذا اللفظ، سوى حسن الحلبي (١) عن أبي عبد الله عليه السلام «في رجل اشترى شاة فأمسكها ثلاثة أيام ثم ردها، قال: إن كان في تلك الأيام يشرب لبنها ردمها ثلاثة أمداد؛ وإن لم يكن لها لبن فليس عليه شيء» ولادلالة فيه على أنها كانت مصراة؛ وبذلك يظهر أن إستناد بعض الأصحاب في بعض أحكام التصرية إلى إطلاق النصوص إنما يراد به النصوص العامية (٢) المروية في كتب فروع الأصحاب التي قد سمعت بعضها، وتسمع فيما يأتي الباقي

لكن يهون الخطب أنه لا إشكال في كونه تدليسا محرماً إجماعاً محصلاً و محكياً في المسالك ﴿و﴾ وغيرها كما أنه لا إشكال في كونه في الشاة ﴿يثبت به الخيار بين الرد والإمساك﴾ بل الإجماع محصله ومحكيه مستفيضاً جداً إن لم يكن متواتراً عليه، بل في محكي الخلاف. أن أخبار الفرقه عليه أيضاً، فذلك مضافاً إلى خبر الضرار (٣) الذي هو مستند أصل الخيار في التدليس، بعد اتفاق الأصحاب ظاهر أكاف فيه، ولا أرش فيه كما صرح به بعضهم، بل الإجماع إن لم يكن محصلاً فهو محكي عليه، مضافاً إلى الأصل بعد أن لم يكن عيباً، واندفاع الضرر بالخيار.

نعم لو كان المدلس عيباً أتجه الأرش فيه من حيث العيب، كما أن المتجه حينئذ تعدد جهة الخيار كما هو واضح، ﴿و﴾ أما أنه إذا رد الشاة ﴿يردمها لبنها﴾ الموجود حال العقد فهو على مقتضى الضوابط لكونه بعض المبيع، ولذا نفى الخلاف عنه في المحكي عن كشف الرموز، بل فخر الاسلام الإجماع عليه، لكن عن المبسوط «أنه إذا كان لبن التصرية باقياً لم يشرب منه شيئاً، فإن أراد رده مع الشاة لم يجبر البايع عليه، وإن قلنا أنه يجبر عليه لأنهمين ماله كان قوياً» بل في المختلف «عن ابن البراج الجزم بأنه لا يجبر على أخذه، وأن له أخذ الصاع من التمر أو البر، فإن تعذر فقيمه

(١) (٢) الوسائل الباب ١٣ من أبواب الخيار الحديث ١-٣

وإن بلغت قيمة الشاة ، بل عن المذهب البارع أن فيه أقوالاً ثلاثة ، الأول رده ، والثاني رده ورد صاع معه من حنطة أو تمر ، ونسبه إلى أبي علي ، الثالث أنه يردّ صاعاً من بر ونسبه إلى القاضي في المذهب وإن كان فيه أن المحكي عن أبي علي في المختلف (١) أنه قال : حكم النبي ﷺ في المصرة إذا أكرهها المشتري فردّها بأن يرد معها عوضاً عما حلب منها صاعاً من حنطة أو تمر ، وقد سمعت ما حكاه فيه عن ابن البراج ، وتنزيل هذه على صورة التعذر لا يخلو من بعد ، ولعل مستندها إطلاق النصوص العامة ، وفيه مع أنه لا تعرض فيها للبلبن الموجود حال العقد ، بل يمكن بناء إطلاقها على الغالب من تلفد ، وأن الصاع عوضاً كما سمعته من مرسل أبي علي (٢) - لا جابر لها بالنسبة إلى ذلك فالقول حينئذ يرد الصاع عوضاً عنه وإن كان موجوداً أو رده معه ، كما ترى ، بل المتجه رد اللبن نفسه من دون شيء لأصالة البراءة ، وليس للبائع حينئذ عدم قبوله ﴿و﴾ المطالبة بالصاع كما هو واضح . أما لو تلف فقد قال المصنف : إنه ﴿يُرَدُّ معها مثل لبنها ، أو قيمته مع التعذر﴾ وهو المشهور بين المتأخرين ، بل عن ظاهر مجمع البرهان الإجماع عليه ، لأن اللبن من المثلي فمع تلفه وجوب رده يضمن بمثله ، كما في غيره ، ومع تعذر المثل ينتقل إلى القيمة ، لأنها أقرب حينئذ إلى العين ، وبالجمله فحكمه حكم المثليات ، فلا ينبغي إطالة الكلام في ذكر أحكامها هنا ، خلافاً للإسكافي والشيخ والقاضي وأبي المكارم وابن سعيد على ما حكى عن بعضهم ، فبرد صاعاً من تمر أو بر ، بل عن الخلاف أن عليه إجماع الفرق وأخبارهم ، كما في الغنية الإجماع عليه أيضاً .

﴿وقيل﴾ كما عن الشيخ بل في التحرير أنه نسبه إلى جماعة ولم نجد واحداً منهم ، ولعله من العامة ﴿يرد ثلاثة أمداد من طعام﴾ إلا أنه لم نجد له شاهداً سوى حسن الحلبي (٣) المتقدم الذي قد عرفت عدم الدلالة فيه على التصرية ، مع أنه معارض بأدلة

(١) (٢) المختلف الجزء الثاني ص ١٩٢ .

(٣) الوسائل الباب ١٣ من أبواب الخيار الحديث ١ -

الطرفين كما أنه لم نجد لسابقه شاهدا بعد الإجماعين الموهوبين ، بخلاف المتأخرين ، بل قيل والشيخ في النهاية سوى الجمع بين خبري أبي هريرة (١) وعبد الله بن عمر (٢) اللذين مع في إطلاقهما من المخالفة كما عرفت لأجابهما في المقام سوى الإجماع المزبور الذي قد عرفت حاله ، ويمكن حملهما على التراخي بكون ذلك قيمة له . هذا كله في اللبن الموجود حال العقد .

أما المتجدد فقد يظهر من المتن مساواة حكمه للموجود ، بل قيل إنه ظاهر المقنعة و النهاية والسرائر والتحرير والمفاتيح أو صريحهما أو صريح اللمعة وإيضاح النافع ، بل عن الفخر نسبته إلى إطلاق الأصحاب كما عن الأردبيلي أنه ظاهر عبارات المتن ، وقد استشكل فيه جماعة ، لكن لم أجد ما يقتضي مخالفة قاعدة كون النماء للمالك التي قد عرفت عدم الكلام فيها في سائر مباحث الخيار وغيره ، سوى دعوى إطلاق الأخبار العامة التي ليس في شيء منها تعرض للبن الموجود والمتجدد ودعوى أن الفسخ رافع للعقد من أصله المخالفة للقواعد أيضاً ولما عليه الأصحاب في غير المقام أيضاً .

فقد ظهر لك من ذلك أن المشهور أقوى فحينئذ ، إذا امتزج مع الموجود حال العقد ، اشتركا بالسوية إذا لم يعلم زيادة أحدهما على الآخر ، وإلا اصطححا ولو تعيب اللبن المبيع عنده ، وجب رده مع الأرش كما في القواعد والدروس وجامع المقاصد والروضة والمسالك ، لكونه مضموناً عليه ، إنه جزء المبيع ، وربما احتل رده مجاناً والانتقال إلى البديل وهما معاً ضعيفان .

نعم قد يتجه أولهما إذا كان لا من قبل المشتري ، باعتبار أن العيب في مدة الخيار مضمون على البائع إذا فرض بقاء خيار الحيوان في الشاة المصراة ، وأنه لا يسقط بالاختبار ، ومثله يجري في التلف الذي قد ذكرنا ضمناه بالمثل ومع التعذر بالقيمة . فينبغي تقييده بما إذا كان من قبل المشتري ، وإلا فلا ضمان عليه كغيره مما تلف في

زمن الخيار ، و لو اتخذ اللبن جبناً أو سمناً ففي الدروس « الظاهر أنه كالتلف »
وفيه أن عين المال موجودة ، فالمتجه حينئذ ردها إليه ، وإن استحق المشتري
عليه الأجرة .

لكن فيها أيضاً إنه على تقدير الرد لدمازاد بالعمل ، و واقفه ثانی الشهيدین
مصرحاً بصيرورته معه شريكاً بنسبة الزيادة ، ولعل ما ذكرناه أولى ، ضرورة احتياج
ما ذكره إلى الدليل وليس ، بل لعل الدليل على خلافه قائم ، ولو تحققت الشاة بنفسها
لنسيان المالك حلبها أو غيره ففي القواعد وغيرها أنه لا خيار له ؛ ولعله لا تنقضاء التذليل ، و
الأصل للزوم ، وقد يقوى ثبوته ، لأن ضرر المشتري لا يختلف ، فكان بمنزلة ما لو وجد
بالمبيع عيباً لم يعلمه البائع ، والله أعلم .

﴿ وكيف كان ﴾ تختبر المصرة للعلم بتصريتها التي لم يقرّبها البائع و
لا قامت بها البيّنة ﴿ بثلاثة أيام ﴾ كما في القواعد والتذكرة واللمعة والارشاد ، فإنها
غالباً بها ينكشف حالها وأنها مصراة أولاً ؟ بل أغلب أحوال عيوب الحيوان تنكشف
فيها ، فضلاً عن التصريه ، ولذا وضع الشارع أرفاقاً بالمشتري ثلاثة أيام للخيار فيه ؛
ولعل إطلاق المصنف ومن عبّر لعبارته ظاهر في عدم تحديد الاختبار فيها بحدّ مخصوص ؛
فربما كانت معرفتها مصراة ، متوقفة على النقصان عن الحلبة الاولى في تمام الثلاثة ، و
ربما كانت بأقلّ من ذلك ، كما أن معرفة عدم تصرّيتها تارة يحصل بمساواة حلبها في
الثلاثة للاولى أو زيادته ، وأخرى بأقلّ من ذلك ، فالمراد أن الثلاثة حينئذ غالباً بها
ينكشف الحال ، ويرفع الإجمال ، وإلا فقد تعرف التصرية أو عدمها قبل الثلاثة .

وإليه أومى الشهيد في المحكي عن غاية المراد قال : « إن التحديد بالثلاثة في النص »
لمصلحته ، لتجوز أن تحلب في اليومين حلباً متساوياً ثم تنقص عنه في الثالث ، فانه
يثبت له الخيار « وقال في المسالك : « إن اتفقت الحلبات في الثلاثة ، أو كان ماعدا
الاولى أزيد لم تكن مصراة ، وإلا بأن كانت ماعدا الاولى أقلّ فهي مصراة ، وكذا لو

كان بعضها ناقصا والآخرا زائدا» وقال في الدروس : « وثبتت باعتراف البائع ونقص حلبها في الثلاثة عن الحلب الأول ، فلو تساوت الحلبات في الثلاثة أوزادت اللاحقة فلا خيار ، ولو زادت بعد النقص في الثلاثة لم يزل الخيار » فانه مع تعليق الظرف الأخير فيه بزادت يكون ظاهرا في ثبوتها قبل انقضاء الثلاثة ، بل هو ظاهر ما سمعته من عبارة المصنف والقواعد وغيرهما ، إذ حملهما على خصوص الإقرار أو البيّنة خلاف الظاهر . بل لعلّه على ذلك يحمل ما في التذكرة قال : « وتختبر التصريه بثلاثة أيام ، ويمتد الخيار بامتدادها ، كما في الحيوانات للخبر ، لأن الشارع وضع هذه الثلاثة لمعرفة التصرية ، فانه لا يعرف ذلك قبل مضيتها لجواز استناد كثرة اللبن إلى الأمانة فإيها تتغير ، أو إلى اختلاف العلف ، فإذا مضت ثلاثة أيام ظهر ذلك ، فيثبت الخيار حينئذ على الفور ، ولا يثبت الخيار بالتصرية قبل انقضائها ، لعدم العلم بالتصرية .

لكن في جامع المقاصد استظهر من نحو عبارة الكتاب اعتبار استمرار النقصان إلى الثالث بل جعله صريح التذكرة ، ثم قال : « وهل يعتبر نقصان اليوم وحده ؟ أي عند العلامة في التذكرة تعليقه بإمكان زيادة اللبن حيث زاد اختلاف الامكنة والمرعي يقضى بعدم اعتباره ، لأن ظاهر هذه أنه لا بد من التكرار ، ليوثق بكون النقصان لا لمرعاض ، وقوله بعدم الثبوت قبلها لأنها هي المدة المضروبة ، وقد يقتضي الثبوت بالنقصان في اليوم الثالث .»

قلت : قد عرفت أن التحقيق عدم انضباط ذلك ، إلا أن الغالب انكشاف حالها في ضمن الثلاثة ، ومنه يعلم ما في جامع المقاصد من الميل إلى النقصان في الثلاثة مطلقا مثبت للتصرية ، مدعيا أن المفهوم من النص وإطلاق كلامهم أن نقصان اللبن في جزء من الثلاثة موجب للخيار ، إذ هو واضح المنع ، بل لا يبعد عدم انحصار معرفتها بالثلاثة ، إذ ربما عرض لها فيها ما يمتنع معه معرفة التصرية ، ولعل إطلاق كلام الاصحاب مبني على الغالب ، قال في التذكرة « لو عرفت التصرية في آخر الثلاثة أو بعدها ، فالأقرب ثبوت

الخيار، لانه عيب سابق ، والتخصيص على الثلاثة لمكان الغالب، بل قيل: إن ظاهر المقنعة والنهاية والسرائر والغنية و المفاتيح عدم اعتبار الثلاثة ، لعدم ذكرهم لها فتأمل جيداً . وكيف كان فقد قيل: إنه - بناء على عدم اشتراط استمرار النقصان - ينحصر معرفة التصرية بالاختبار، إذ لا أثر للبينة والافرار ما لم يتحقق النقصان، لأنه هو الموجب للتخير، ضرورة سقوط الخيار لورد اللبـن بعد التصرية هبة من الله تعالى على وجه صار لها عادة مثلاً ، وإذا تحقق النقصان لم يكن لهما أثر، للاكتفاء به حينئذ عنهما في ثبوته.

أمّا على اشتراط الاستمرار، فيمكن القول بشبوتها بهما إذا اقترن بنقصان ما ، وإن كان بدونهما لا بد من الاستمرار ، وفيه أنه يمكن القول بشبوتها بهما على الأول من غير حاجة إلى تحقق نقصان ، فيفسخ حينئذ بذلك ، بناءً ^{على} أصالة عدم تغير حالها ، وإن كان ينكشف عدم اثر الفسخ لو انفق صيرورة ذلك عادة لها ، فانه حينئذ مانع من صحة الفسخ ، لأن النقصان شرط له ، وفرق واضح بين الأمرين ، على أنه يمكن المجادلة في الاكتفاء بنقصان ما ، بشبوتها بعدان كان ذلك غير مثبت لها بنفسه، لاحتمال كونه من عارض العلف ونحوه ، فهو أعم منه ، وربما كان مافى التحريم مبنيًا . على ما ذكرنا قال : « لو علم بالنصرية قبل حلها ، إمّا بالافرار أو بالبينة ردّها من غير شيء » إذ لم يقيده باشتراط النقصان، ونحوه ما سمعته من عبارة التذكرة . فتأمل جيداً، فانه بذلك يظهر لك مافى كلام بعض الأساطين ، منهم الشهيد الثاني في المسالك ، وإن كان يمكن تنزيله بنكلف على ما ذكرنا . والامر في ذلك كله سهل .

إنما الكلام في أمور بها ينكشف جملة من كلمات الاصحاب، الاول أن المصراة التي أريد معرفة تصريتها بالاختبار يبقى فيها خيار الحيوان لكونها أحد أفرادها، أو أنه يسقط بالتصرف الذي هو اختبار النصرية، قد يظهر من عبارة التذكرة السابقة الأول ، بل هو أيضاً ظاهر التحريم ، قال « فيه مدة الخيار في المصراة ثلاثة أيام كغيرها من الحيوان ، ويثبت على الفور ولا يسقط بالتصرف، ولا يثبت قبل انقضاء الثلاثة على إشكال » بل وكذا ما عن المبسوط والخلاف من أن مدة الخيار فيها ثلاثة أيام مثلها في سائر الحيوان، مستدلاً في الثاني

منهما على ذلك باجماع الفرقة على ثبوت الخيار في الحيوان ثلاثة أيام شرط أو لم يشرط وهذا داخل في ذلك.

قال: وخبر أبي هريرة (١) وابن عمر (٢) صريح في ذلك مشير إليه إلى ما روي من قوله عليه السلام (٣) من اشترى شاة مصراة فهو بالخيار ثلاثة أيام إنشاء أمسكها وإنشاء ردها؛ وصاعاً من تمر وفي الآخر أبو بل قد يظهر منهما من الكتابين الأخيرين أنه لا خيار من حيث التصرية، وإنما هو خيار الحيوان، - وخصوصية التصرية حينئذ عدم سقوط خيار الحيوان باختبارها، ولعله إليه أومى في الدروس بقوله «يتقيد الخيار بالثلاثة لمكان خيار الحيوان» صرح به الشيخ ومن هنا إحتاج بعض متأخر الأصحاب إلى ذكر الفرق هنا بين خيار الحيوان والتصرية، فقال إن خيارها بعد الثلاثة إذا كان ثبوتها بالاختبار بخلافه، فإنها فيها وإن ثبتت قبل ثلاثة بالاقرار مثلاً وقلنا بفوريته كان هو الفارق حينئذ بينهما، وإلا لم يتقيد بالثلاثة، على أنه لا مانع من تعدد الأسباب، وتظهر الثمرة حينئذ بالا سقاط ونحوه، وهو جيد، إذا احتمل عدم الخيار بالتصرية بعدما سمعت من الاجماع السابقة وأنه تدليس وغير ذلك مما دل على الخيار من هذه الحثية كما ترى بل ينال فيه إطلاق الاختبار ثلاثة، ضرورة أنه لا يجمعها حيث لا تثبت بدونه، والحكم بكونه يتخير في آخر جزء منها يوجب المجاز في الثلاثة، بل قد يقال: بسقوط خيار الحيوان إن لم ينعقد إجماع على خلافه، وبقاؤه من حيث التصرية، بناء على سقوطه بمثل هذا التصرف، إذ استثنأؤه من بين التصرفات لا دليل معتد به عليه، خصوصاً مع شرب اللبن الموجود حال العقد الذي هو بعض المبيع، خلافاً لجامع المقاصد حيث قال: «والذي ينبغي علمه هنا هو إمتداد الخيار بامتداد الثلاثة، لأنه خيار الحيوان كما صرح به الشيخ، وتصرف الاختبار مستثنى دون غيره فمتى علم بالتصرية فشرط بقاء الخيار عدم التصرف، فإذا انقضت الثلاثة فالخيار على الفور» وفيه ما لا يخفى بعد الإحاطة

بما مضى ويأتى.

نعم لا يسقط خيار التصرية باختبارها بشرب اللبن، لإجماع وغيره، لا مطلق الخيار، ولذا لو كان فيها عيب واختبر تصريتها لم يكن له الرد بذلك العيب، وكان له الأرض خاصة، ومن هنا قال في الدروس «لورضى بالتصرية فوجد بها عيباً قبل الحلب فله ردها، عند الشيخ مع الصاع، ولو حلبها غير مصراة ثم اطلع على العيب فله ردها عنده، إن كان اللبن باقياً ولا فلا، لتلف بعض المبيع، أما اللبن الحادث فله، ولا يمنع حلبه من الرد ومنع الفاضل من الرد في الصورة الأخيرة، لمكان التصرف ويحتمل المنع في الأول أيضاً لأن الحلب إنما يغتفر في الرد بالتصرية وعلي كل حال فالمتح حينئذ استقلال خيار التصرية عن خيار الحيوان

الثاني - الظاهر عدم مدة مخصوصة لهذا الخيار للأصل السالم عن المعارض، إلا الخبر العامي (١) السابق الذي لم يجمع شرائط الحجية بالنسبة إلى ذلك، لكن في التذكرة لو عرف التصرية قبل الثلاثة أيام باقرار البائع أو بشهادة الشهود ثبت به الخيار إلى تمام الثلاثة لأنه كغيره من الحيوان، أما لو أسقط خيار الحيوان فإن خيار التصرية لا يسقط، وهل يمتد إلى الثلاثة أو يكون على الفور إشكال، وللشافعية وجهان، وفيه ما عرفت وإليه أومى في الدروس «فإنه قال بعد العبارة السابقة نفياً: وروى العامة الثلاثة؛ لمكان التصرية، ويظهر الفائدة لو أسقط خيار الحيوان.

نعم يتجه في هذا الخيار البحث في أنه على الفور أو التراخي كغيره من الخيارات التي لم يظهر من الأدلة المخصوصة توسعته بالخصوص، وقد قدمنا سابقاً أن القول بالتراخي مالم يؤد إلى الضرر على البائع، لا يخلو من قوة؛ وقد يظهر من عبارة التذكرة السابقة وغيرها التفصيل هنا بين ثبوته في ثلاثة الحيوان أو ثبوته بعدها، ففي الأول يمتد إلى انتهائه، وفي الثاني على الفور، واليه أومى في الدروس بقوله «هذا الخيار على الفور

إذا علم به، والظاهر امتداده بامتداد الثلاثة إن كانت ثابتة، وإلا فمن حين العلم وكأنه بناء على أن منشأ الفور لاقتصار على المتيقن في مخالفة ما يقتضى لزوم العقد، أما إذا كان جازي كما في الفرض فلا مقتضى للفور، وفيه أن التوسعة من جهة أخرى لا تقتضى التوسعة من غير تلك الجهة كما هو واضح، فالمتجه حينئذ فوريته بناء عليها وإن كان في الثلاثة، فإن لم يفعل سقط، وإن بقي الخيار من الجهة الأخرى وستسمع ما في القواعد. الثالث: قد ظهر لك مما ذكرنا أنه تثبت الخيار متى تثبت التصريية، ولا يتوقف على مضي الثلاثة، وما في التحريم من أنه لا تثبت قبل انقضاء الثلاثة على إشكال، يمكن أن يكون مبنياً على إمكان ثبوت التصريية قبلها وعدمه، لأنه يشترط مضي الثلاث، وإن عرف التصريية، ولذا صرح فيه قبل ذلك بأنه لو علم بالتصريية قبل الحل بالاقرار أو البيئة ردها من غير شيء، وقال في القواعد «ولو كان المشتري عالماً بالتصريية فإختيار، ولو علم بها قبل الثلاثة تخير على الفور».

لكن في الدروس «لو علم المشتري بالتصريية فإختيارها، ولو علم بها بعد العقد قبل الحل تخير، قاله الفاضل مع توقفه في ثبوت الخيار قبل الثلاثة لو حلها» قلت لعل وجهه ما عرفت، وقد تلخص من جميع ما ذكرناه أن خيار التصريية يستقل عن خيار الحيوان، ولأمدته له، بل هو على البحث في نظائره أنه على الفور أو التراخي، من غير فرق بين الثلاثة وما بعده، وأن الاختبار المذكور لا دليل شرعاً عليه حتى يترتب الحكم على إطلاقه، بل هو يبين على نحو غيره من الموضوعات العرفية، فلا يتقيد بالثلاثة، وخصوصاً مع إرادة النقصان في جزء منها المحتمل كونه للمكان أو للمرعى أو غيرهما، وبذلك مضافاً إلى ما سمعته في مطاوى البحث، يظهر لك النظر في جملة من كلمات الأصحاب كالشيخ والفاضل والشهيد والكركي وغيرهم فلا حظ وتأمل.

وكيف كان فقد ظهر أن الخيار في التصريية مخالف لقاعدة السقوط بالتصرف

المتلف لبعض المبيع وغير ذلك ، فينبغي الإقتصار فيه على المتيقن ، ومن هنا قال المصنف ﴿ وثبت التصريفة في الشاة قطعاً ﴾ وإجماعاً بقسميه ونصوصاً (١) منجبرة بالعمل وإن كانت عامية ﴿ و ﴾ أما ﴿ في الناقة والبقرة ﴾ فـ ﴿ على تردد ﴾ لما عرفت من الإقتصار على المتيقن حيث لا نص من طرفنا يشملها ، إلا أن المشهور بين الأصحاب نقلاً وتخصيلاً إلحاقهما بها ، بل عن الشيخ في الخلاف الإجماع عليه ، بل قيل أن الإجماع يلوح أيضاً من السرائر والتذكرة ، بل قد سمعت ما يدل عليه في الأبل من النصوص العامة (٢) المتجة بعدم القول بالفصل بينها وبين البقر ، مضافاً إلى دعوى المساواة لها في العلة الموجبة للخيار ، وهي كون اللبن مقصوداً مع التدليس ، وإلى التعليل في الخبر بأنه خداع (٣) وإلى خبر الضرار (٤) إلا أن الانصاف إن لم يتم الإجماع ، عدم خلو الإلحاق بعد ، بحيث يثبت لهما ما سمعته من أحكام التصريفة من إشكال ، لعدم اقتضاء جملة مما ذكرنا ذلك نعم ينبغي الجزم به من حيث التدليس إذا كان اللبن هو المقصود ، أو بعضه بل ومع الإطلاق ، لأن لبنهما معاً يقصد

﴿ ولو صرى أمة لم يثبت الخيار مع إطلاق العقد ﴾ لعدم النص مضافاً إلى شهرة الأصحاب ، بل عن كشف الرموز وظاهر السرائر والتذكرة وغيرهما الإجماع على عدم ثبوت التصريفة في غير الثلاثة .

نعم له الخيار مع الشرط كما في المسالك لكن قال « إن لم يتصرف ولو بالحلب وإلا فلا أرش » وفيه أنه لأرشد للشرط إذا لم يكن فقده عيباً ، كما أن الخيار لفقد الشرط لا يسقط بالتصرف ، كما هو ظاهر المتن هنا ، على ما اعترف به في المسالك ، كما أن

(٢١) سنن بيهقي ج ٥ ص ٣١٨ و ٣٢١

(٣) المستدرک ج ٢ ص ٢٧٢

(٤) الوسائل الباب ١٧ من أبواب الخيار الحديث ٥١٣

القول بثبوت الخيار فيها للتدليس حيث يكون المقصود لبثها متجه وإن لم يثبت لها أحكام التصرية ، وإليه يرجع ما عمن تعليق الإرشاد ، من أنه إن أريد بثبوت الخيار فيها لو ثبت تصريتها فهو متجه ، وإن أريد ثبوت الخيار مع التصرف وكون الثلاثة محلاً لثبوته بنقصان اللبن فيها فهو خلاف الأصل ، ولم يثبت بنص : لا إجماع ، بل وما في الدروس قال « ومن التدليس التصرية في الشاة والناقة والبقرة على الأصح ، ونقل فيه الشيخ الإجماع ، وطرده ابن الجنيدي الحكم في الحيوان الادمي وغيره » وليس بذلك البعيد ، للتدليس إذ الظاهر إرادة ثبوت الخيار بذلك ، لا ثبوت الأحكام التصرية ومن هنا قال بعد ذلك : « لو قلنا بقول ابن الجنيدي في تصرية الآدمية ، والأثان وفقد اللبن لم يجب البر والتمر ولو أوجبناه في الشاة والبقرة لعدم النص ، وعدم الانتفاع به فيما ينتفع بلبن المنصوص ، فمراده ثبوت حكم التدليس على الظاهر ، وإلا كان محلاً للنظر ؛ بل لا يبعد الحاق حبس ماء القناة والرحى وإرساله عند البيع والاجارة حتى تخيل المشتري كثرته بالتصرية من حيث الخيار ، كما صرح به في الدروس ومحكي التذكرة ضرورة كونه تدليساً موجباً له كتحميم وجه الجارية وتسويد شعرها وتجميده ، وإرسال الزنبور في وجهها فظنهما المشتري أنها سمينة » وكذا « البحث فيما » أوصى البائع أتاناً « بفتح الهمزة أي حمارة لا شراكها مع الأمة في جميع ما ذكرناه حتى في الإجماع المحكي على نفي التصرية فيها .

« ولو زالت تصرية الشاة » الثابتة بالاقرار أو البينة أو بالاختبار بناء على ما قد مناه من إمكان ثبوته « وصار ذلك عادة قبل انقضاء ثلاثة أيام » هبة من الله تعالى بحيث علم صيرورة ذلك عادة لها « سقط الخيار » لا تنفاء الضرر الذي أوجبه ، وإطلاق الخيار بها في النصوص العامة منزل على الغالب ، فالقول به حينئذ ضعيف جداً إذ هو حينئذ من قبيل بعض العيوب السريعة الزوال .

﴿و﴾ أمّا ﴿لو زالت بعد ذلك﴾ أى الثلاثة ﴿لم يسقط﴾ الخيار لحصول موجه فيستصحب ، والمراد ببقائه حينئذ بناء على فوريته استمرار صحة الفسخ ، وإن تحقق الزوال بعد ذلك ، بمعنى أن الزيادة المتجددة لا تكون كاشفة عن بطلانه ، ولا مبطله له ، إذ المراد بالنسبة إلى خصوص جاهل الفورية ، والخيار بناء على عدم سقوطه معه هذا ، وقد أشكل على بعضهم إطلاق العبارة وما مائلها زوال التصرية قبل ثلثة ، بناء على عدم معرفتها إلا بمضى الثلاثة ، فحمل العبارة على خصوص معرفتها بالإقرار والبيّنة ، فإنّه يتصور حينئذ فيها ثبوت التصرية وزوالها ، وإن قلنا بتوقف الثبوت بهما ، أى الإقرار والبيّنة على نقصان ما إذا يكفي حينئذ نقصان الحلبة الأولى ، لكن بناء على الفورية فيه حتى فى الثلاثة يجب إرادة عدم استمرار صحته من السقوط فى المتن ، بمعنى أنه ينكشف بذلك عدم الخيار ، أو أنه يبطل به ، أو أن المراد علم بهما بعد زوالها ، فانه يسقط حينئذ كما يسقط الخيار بالعيب القديم ، إذ اعلم به بعد زواله ، وكذا لو لم تعلم الأمة بالعتق حتى عتق زوجها.

لكن لا يخفى عليك ما فى حمل العبارة على ذلك من الخفاء ، بل حملها على ما ذكرنا من أنه يمكن ثبوت التصرية وزوالها فى الثلاثة بالاختبار أيضاً أولى ، إلّا أنه قد يشكّل بأنه لا دليل حينئذ على سقوط الخيار ، الثابت سببه بمجرد الزوال فى الثلاثة بخلاف ما بعد ، وإن قلّ ، ويمكن حمل العبارة على إرادة زوال التصرية بأن صار ذلك عادة لها أى صريت فلم تنقص أبداً ، ويكون المراد حينئذ بسقوط الخيار عدم ثبوته من أصله ، وكيف كان فالأمر فى ذلك سهل بعد وضوح الحكم مما ذكرناه سابقاً على كل تقدير .

ولو ماتت الشاة المصراة أو الأمة المدلسة ، فى الفوائد وعن غير ها فلا شيء له لامتناع الردّ بالموت والأرض بعدم العيب ، وقد يشكّل با مكان الفسخ ودفع القيمة خصوصاً بعدما ذكره هو من بقاء الخيار فالمبيع الذى كذب فى الإخبار عن رأس ماله ،

إذ لا فرق بين المقامين على الظاهر ، وقد تقدم في الأبحاث السابقة في الخيار ما يؤكد ذلك
فلاحظ وتأمل فإنه قد تقدم لنا في خيار الغبن ما يقتضى أن الأصل اعتبار وجود العين في الخيار ،
إلا ما خرج ، ولعله لظهور التخيير بين الرد والامساك في ذلك .

لكن قد يقال هنا أن الخيار إنما هو في العقد ورد العين ، إنما هو من توابعه ،
وحكمها في كل مقام يراد منه الرد ، الانتقال للمثل والقيمة ، وأولى من ذلك ما لو تعيبت
عنده قبل علمه بالتدليس ، لكنه قال في القواعد : « إنه لأشياء له أيضاً » ، وعلمه في
جامع المقاصد بالإقتصار على موضوع الوفاق ، وبأن هذا العيب من ضمان المشتري ،
بل قال : « إن التقييد بقبولية علمه غير ظاهر ، لأن العيب إذا تجدد بعد علمه يكون
كذلك ، إلا أن يقال إنه غير مضمون عليه ، الآن لثبوت خياره » قلت : التعليان
الأولان معاً كما ترى ، إذ لا دليل على أن حدوث العيب مانع من الرد في غير المعيب .

نعم ما ذكره من التعليل أخيراً جيد وإن كان هو غير موافق لما أسلفناه سابقاً ، لكن
منه ينقدح أن عدم سقوط خيار التصرية بالاختبار لتقدمه على حصول سببه ، فلا ينا في
حينئذ ما دلّ على سقوط الخيار بالتصرف ، ضرورة ظهوره فيما كان منه بمدثبوت الخيار ،
خصوصاً إذا قلنا بذلك لدلالته على الرضا ، بل قد ينقدح من ذلك أن أحكام التصرية
على القاعدة ، وأنها فرد من خيار التدليس والله أعلم .

المسألة (الثانية : الثيبوبة ليست عيباً) في الإماء كما هو صريح جماعة ، و
مقتضى نفى الخيار به وحصر العيوب في غيره من آخرين ، بل هو المشهور نقلاً وتحصيلاً ،
بل عن كشف الرموز لاختلاف . بين الأصحاب في أن الثيبوبة ليست عيباً يوجب الرد ،
وإنما اختلفت عباراتهم في اشتراط البكارة ، وفي التحرير لا نعلم خلافاً في أن الثيبوبة
ليست عيباً ؛ وعن إيضاح النافع أن عليه الفتوى ، لأن البكارة صفة كمال بالنسبة
إلى غير العاجز وليست عيباً ، ونسبه أيضاً إلى الأصحاب ، وفي المسالك اطلاق الأصحاب ،
والأكثر من غيرهم أن الثيبوبة ليست عيباً ولعله لأصاله لزوم بعد غلبة ذلك فيهن ، وصيرورته

بمنزلة الخلقة الأصلية ، وإن كانت عارضة إذ قل " ما يوجد فيهن الأبكار ، فلا اغترار بأصالة السلامة التي هي بمعنى الغلبة ، بل قد عرفت أن خبر محمد بن مسلم (١) المشتغل على تعريف العيب مداره الزيادة والنقيصة على أصل خلقة أغلب ذلك النوع ، لا أقل من الشك ، مع أنه لا جابر له في خصوص المقام ، مضافاً إلى خبر سماعة (٢) « سألت عن رجل باع جارية على أنها بكر فلم يجدها كذلك : قال : لا تردّ عليه ، ولا يجب عليه شيء » فإنه قد يكون تذهب في حال مرض أو امرئ يسيبها المنجبر بما سمعت .

لكن قد يقال : بمنع عدم صدق العيب عرفاً بعد انكاث البكارة مقتضى الطبيعة والخلقة الأصلية ، في جميع النوع ، وغلبة العروس في خصوص المجلوب منها لا ينافي ذلك ، كما أن خبر سماعة - مع أنه ظاهر في الشرط الذي يستسمع شهرة الأصحاب إن لم يكن إجماعهم على ثبوت الخيار له ؛ ولذا حملوه على الجهل بكونها عند البائع ؛ لغلبة زوالها بالعوارض ، بل ربما كان التعليل فيه ألصق بهذا من غيره ، ومعارض لخبر يونس (٣) ومحمّل لكون عدم الردّ للتصرف فيكون النفي فيه عدم شيء مخصوص من العشر ونحوه ، لا الأثر - لا دلالة فيه على عدم العيب ، ضرورة إمكان كون عدم الردّ به للغلبة التي تصيره كالعيب الذي أقدم عليه المشتري أو تبرأ منه البائع ؛ وأنه بها يرتفع الاغترار بأصل السلامة ؛ ولا ينزل إطلاق العقد على السالم فيبقى حينئذ أصل اللزوم بحاله .

ويمكن تنزيل كلام الأصحاب على ذلك ، بإرادة نفي العيب الموجب للردّ إلى الأرض ، كما سمعته من معتمد نفي خلاف كشف الرموز ، ويؤيده ما سمعته من أن المشهور ثبوت الأثر مع الشرط ، ولولا أنه عيب ، لم يتجه ذلك ، بناء على ما عرفت من عدم توزيع الثمن على الشرائط ، واحتمال أنه لخبر يونس الاتي (٤) لأنه عيب كما ترى .

(١) الوسائل الباب ١ - من أبواب أحكام العيوب الحديث ١ -

(٢) ٣ - ٤ - ٥ الوسائل الباب ٦ - من أبواب أحكام العيوب الحديث ١٥٢ -

ومنه حينئذ ينقدح دلالة خبر يونس الاتي على المطلوب ، كما أنه ينقدح مما ذكرنا كون المدار حينئذ في عدم ترتب حكم العيب عليه الغلبة المزبورة ، فمع فرض انتفاؤها كما في الصغيرة والائمة المستولدة في بلاد الاسلام ونحو ذلك ، يتجه حينئذ ترتب حكم العيب عليه بل المتجه بناء على ما ذكرنا أيضاً لزوم البيع لو عرض الثبوت عند المشتري بغير تصرف منه ، لأنه من حدوث العيب المانع من الرد المعين ، للأثر إلى غير ذلك .

بل قد يظهر لك ممانع مذهب القاضي كونه عيباً مطلقاً ، قال : «إذا لم يشترط الثبوت ولا البكارة فخرجت ثيباً أو بكرأ لم يكن له خيار ، وكان له الأرض إذا الارش لا يكون إلا للعيب» ولعل عدم الخيار حينئذ لتصرفه بها ، إذ الغالب معرفة ذلك بالوطي فيكون حينئذ عنده عيباً ، ومال إليه المقداد مطلقاً ، واحتمله الشهيدان ، بل مال إليه ثانيهما وبعض من تأخر عنه في الصغيرة ، والتحقيق ما عرفت من أن المدار على الغلبة المزبورة .
 ﴿ نعم لو شرط البكارة فكانت ثيباً كان له الرد ﴾ مطلقاً ﴿ ان ثبت أنها كانت ثيباً ﴾ عند البائع كما هو مقتضى تخلف كل شرط ، مضافاً إلى ما عرفت من أنه عيب عندنا ، إلا أنه منع من ترتب مقتضاه حال عدم الشرط ، الغلبة المزبورة ، أما معه فيتربط عليه حكمه مع أنه لا أجد خلافاً بين الأصحاب في الخيار مع الشرط ، إلا ما يحكي عن النهاية من اشترى جارية على أنها بكر فوجدها ثيباً لم يكن له ردّها ، ولا الرجوع على البائع بشيء من الارش ، لأن ذلك قد يذهب من العلة والتموه ونحوه عن الكامل ويمكن إرادتهما غير صورة الشرط على معنى شرائها بتخييل البكارة ، وأظهر من ذلك إرادتهما ما لو جهل بكونها عند البائع ، كما يؤمى إليه التعليل .

والخلاف إذا اشترى جارية على أنها بكر فكانت ثيباً ، روى أصحابنا أنه ليس له الرد وهو مع أنه غير مخالف ، يمكن إرادته غير صورة الشرط ، وأنه تصرف فيها ، والمبسوط إن شرط أن تكون بكرأ فخرجت ثيباً روى أصحابنا أن ليس له الخيار وله الأرش ، ونحوه

عن مذهب القاضي والاستبصار بل قيل : أنه اختاره ابن ادريس أولاً ثم عدل عنه ، وقد يريدون حال التصرف .

والتذكرة قال : أصحابنا إذا اشتراها على أنها بكر فكانت ثيباً لم يكن له الرد . لما رواه سماعة (١) وساق الخبر المتقدم ، وقد يحتمل أيضاً ما عرفت .

وعلى كل حال فلا إشكال في ثبوت الخيار بل لا إشكال في أن له الأرض إذا اختار الإمساك كما نسبته في الدروس والمسالك إلى المشهور ، بل لعل عدم ذكره في المتن ونحوه لالعدم ثبوته ، بل لأنه في معرض ثبوت أصل الخيار .

ولا يشكل بأن الثمن لا يوزع على الشرائط ، لما عرفت من أن الأرض من حيث كونه عيباً لا من حيث أنه شرط ، مضافاً إلى خبر يونس (٢) «في حل إشتري جارية على أنها عذراء فلم يجدها عذراء قال : يرد عليه فضل القيعة ، إذا علم أنه صادق» بناء على حملها على صورة الشرط ﴿و﴾ علم سبق ذلك قبل البيع بالبينة ، أو الإقرار أو قرب زمان الاختبار لزمن البيع ، أو كونه بعده في زمن ضمان البائع ، ضرورة أنه لا أرض لو علم تأخره عن زمان ضمان البائع ، بل ﴿إن جهل ذلك لم يكن له الرد لأن ذلك قد تذهب بالخطوة﴾ ونحوها ، فيحتمل كونه في زمن ضمان المشتري ، لأصالة تأخر الحادث لما تقرر فيها من الإشكال حتى بالنسبة إلى معلوم التاريخ ، بل لأصالة لزوم العقد وبراءة ذمة البائع ، بعد التسليم الظاهر في أنه تمام الحق ، كما هو واضح .

ولو شرط كونها ثيباً فبانت بكراً كان له الخيار بين الرد والإمساك مجاناً على الأقوى ، وفاقاً لجماعة عملاً بقاعدة الشرط ، ضرورة كون ذلك منه ، إذ قد يتعلق له غرض به لعجزه عن اقتضاء البكر ، أو غيره خلافاً لما عن المبسوط والتحرير ، فلا خيار ، لكون الضد صفة كمال ؛ وفيه ما عرفت نعم لا أرض من هذه الجهة والله أعلم .

المسألة الثالثة ﴿لا خلاف ولا إشكال في أن﴾ الإبقاء الحادث عند المشتري ﴿

الذي لم يكن مضمونا على البايع ﴿لا يرد به العبد﴾ ولا يستحق به أرش كما في سائر العيوب الحادثة كذلك من غير فرق بين الصغير والكبير، والذكر والانثى؛ للاصل وقول أبي جعفر عليه السلام في مرسل ابن أبي حمزة (١) «ليس في الإباق عهدة» وقال في خبر محمد بن قيس: (٢) «إنه ليس في إباق العبد عهدة إلا أن يشترط المبتاع» ﴿أمالو أبق عند البايع كان للمشتري رده﴾ وإن لم يكن أبق عنده، بلا خلاف أجده كما اعترف به في التحرير قال: «الإباق عيب لا نعلم فيه خلافا في الأمة والعبد، والصغير والكبير»، بل عن المبسوط الإجماع على أن: الخيار، ومقتضاه أنه عيب، بل لعل العرف كذلك أيضاً ضرورة كونه بحكم التالف بل هو أبلغ من السرقة لغيره، لأنه سرقة لنفسه، بل لعل خبر محمد بن مسلم (٣) شامل له، بناء على إرادة ما يشمل نقص الصفات الغالبة في النوع منه؛ وفي خبر أبي همام (٤) «أن محمد بن علي قال للرضا عليه السلام: الإباق من أحداث السنة؟ فقال: ليس الإباق من هذا إلا أن يقيم المينة أنه كان أبق عنده».

وقد يظهر منه كالمتن وغيره، بل هو صريح التذكرة وجامع المقاصد الاكتفاء بالمرة الواحدة عند البايع، لأن الإقدام ولومرة يوجب الجرئة عليه، ويصير للشيطان عليه سبيل، ولتحقق صدق العيب بها عرفاً؛ خلافاً لما عن بعض الأصحاب من اشتراط الإعتياد، وإن قال بعض مشايخنا إنهم تحققه، وربما لاح مما عن المبسوط واختاره ثاني الشهيدين وقال: أقل ما يتحقق بمرتين.

وعلى كل حال ففيه بحث وإن كان يشهد له أصالة اللزوم ولو للشك في كونه عيباً بها.

نعم ينبغي تقييد الرد به بالمرة الواحدة، بما إذا لم يظهر بعدها التوبة

(٢٠١) الوسائل الباب - ١٠ - من أبواب أحكام العيوب الحديث - ١ - ٢

(٣) الوسائل الباب ١ من أبواب أحكام العيوب الحديث ١

(٤) الوسائل الباب ٢ - من أبواب أحكام العيوب الحديث ٢

الصادقة وملكة الطاعة ، بل لا بد من هذا التقييد على تقدير اعتبار الاعتياد أيضاً ، ثم إن الظاهر من المتن أنه بذلك يكون عيباً يجري عليه حكمه من الرذ والارش ، لا أن له الرد خاصة على كل حال ، كما عساه يوهمه الاقتصار عليه ، كما أن ظاهر خبر محمد بن قيس (١) صحة اشتراط عدم الابق ولعله لا بأس به إذا كان شرطاً للخيار في مدة مخصوصة كاشتراطه برد الثمن ونحوه فتأمل.

المسألة (٢) الرابعة (المشهور بين الاصحاب نقلاً وتحصيلاً أنه (٣) إذا اشترى أمة لا تحيض في ستة أشهر ، ومثلها تحيض (٤) فيها (٥) كان ذلك عيباً لانه لا يكون إلا لعارض غير طبعي (٦) وهو المدار في ثبوته عرفاً ، بل لا خلاف أجده فيه إلا من المجلي ؛ ولارب في ضعفه ، للصدق عرفاً ولانه من نقص الصفات ، ولصحيح داود بن فرقد (٧) «سأل الصادق عليه السلام عن رجل اشترى جارية مدركة فلم تحض عنده حتى مضى لها ستة أشهر ، وليس بها حمل ، فقال : إن كان مثلها تحيض ، ولم يكن ذلك من كبر فهذا عيب ترد به» بل في المسالك (٨) «إن في دلالة على اعتبار الستة أشهر نظراً لانه إنما علق الحكم على حيض مثلها ، وأراد به نفى الصغر والياس وإن كان ذلك مستفاداً من إثبات الادراك ، ونفى كونه عن كبر فان من المعلوم أن مثلها تحيض في تلك المدة وأقل منها ، والسؤال وقع عن تأخير الحيض ستة أشهر ، والجواب لم يتقيد به ؛ وحينئذ فلو قيل بثبوت الخيار متى تأخر حيضها عن عادة أمثالها في تلك البلاد كان حسناً»

قلت : وهو جيد بل هو مقتضى ما سمعت من التعليل و يمكن تنزيل عبارات الاصحاب على ما لاينا فيه ، ومنه ينقدح أنه لا ينبغي أن يكون مجرد بلوغ تسع سنين والتاخر ستة أشهر موجبا لذلك ، لانه قد عرف بالتجارب التاخر عن عشر سنين ،

١- الوسائل الباب ١ من ابواب احكام العيوب العيوب الحديث ٢

٢- الوسائل الباب ٣ من ابواب احكام العيوب الحديث ١-

بل عن أزيد من ذلك ، فالمتجه حينئذ النظر إلى أمثالها سنأمع الاتفاق في البلد والمزاج في الجملة ، فان وجد فيها دونها يكون عيباً .

ثم إنه لا بد من تنزيل الخبر وعبارات الاصحاب على إرادة علم سبق ذلك عند البائع ، وإلّا فمع احتمال عروض العارض عند المشتري لارد ولا ارش ، كما أنه يجب تقييد الرد بما إذا لم يتصرف في هذه المدة ، وإلا كان له الارش كغيره من العيوب ، إذ احتمال إستثناء ذلك منها بأن التصرف لا يسقطه لاطلاق الرد في الصحيح المزبور (١) مع استبعاد عدم التصرف في هذه المدة مخالف لظاهر الفتاوى وللادلة السابقة على تعيين الارش معه المرجحة بها عليه ، وإن كان التعارض من وجه ، كما هو واضح ،

المسألة ﴿ الخامسة من اشترى زيتاً أو بزراً ﴾ بفتح الباء وكسرهما و لعله افصح زيت الكتان وأصله محذوف المضاف أي دهن البزر ﴿ فوجد فيه ثقلاً ﴾ بالضم ما استقر تحت الشيء من كدرة ﴿ فان كان مما جرت العادة بمثله لم يكن له رد ولا أرش ﴾ لانه ليس عيباً أو لان جريان العادة يجعله كعلم المشتري به أو إسقاط البائع له ﴿ وكذا لو كان كثيراً ﴾ قد ﴿ علم ﴾ المشتري ﴿ به ﴾ قبل العقد ، لما عرفت من أن ذلك رضا منه به فلا رد ولا أرش ، ولا يشكل صحة البيع بالجهل بقدر المقصود بالذات الموجب للغرر وإن شوهد لعدم الاكتفاء بها ، لما عرفت مكرراً بأن العلم بالجملة كاف في رفع ذلك .

أما إذا لم يكن عالمًا بكثرة الثفل فظاهر المصنف وغيره أن له حكم العيب بل لأجد فيه خلافاً لكونه عيباً عرفاً ، وكونه على غير أصل الخلقة ، وقال ميسر بن عبد العزيز (٢) لابي عبد الله عليه السلام : « الرجل يشتري زق زيت فيجد فيه دردياً ؟ فقال : إن كان يعلم ان الدردي يكون في الزيت فليس عليه ان يردده ، وإن لم يكن يعلم فله أن يردده ،

(١) الوسائل ٣ - من ابواب احكام العيوب الحديث - ١

(٢) الوسائل الباب ٧ من ابواب احكام العيوب الحديث - ١ باختلاف يسير

وعبر بمضمونه في التحرير، بل قيل والنهية والسرائر وجامع الشرايع ، ولعل المراد من الجميع ما في المتن وغيره . يجعل جريان العادة بمنزلة العلم ، كما انه يحتمل العكس ؛ يحمل ما في المتن على ارادة العلم بجريان العادة، بل لعله أولى عند التأمل، إلا أن يكون شيئاً سيراً لا يعد مثله عيباً في العادة ؛ فانه لا خيار حينئذ وان لم يعلم وكيف كان فلا دلالة في الخبر على أنه مع عدم العلم عيب يستحق به أرشال أو اراده أو مع التصرف ، أو الرد فيه أعم من ذلك و من كونه من تبعض الصفقة ، باعتبار خروج بعضه درديا غير سمن ، وقد يشهد له الصحيح (١) عن جعفر عزّ أئيه عليه السلام «أن علياً عليه السلام قضى في رجل اشترى من رجل عكة فيها سمن احتكرها حكرة فوجد فيها رباً فخا صمه إلى علي عليه السلام فقال له علي عليه السلام لك بكيل الرب سمناً فقال له الرجل : إنما بعته منك حكرة ، فقال له عليه السلام : إنما اشترى منك سمناً ، ولم يشتر منك رباً ، » إلا أنه يجب حمله بعد أن كان المبيع شخصياً لا كلياً على إرادة أن له من الثمن بقدر ما يقابل الرب من السمن ، ومنه يعلم حينئذ صحة البيع في نحو ذلك بعنوان أنه سمن وإن بان الخلاف، بل يثبت الخيار للتبعض ، مضافاً إلى عدم الجهالة بعد العلم بالجملة ، وكونها المبيع ولو بزعم العنوان خطأ.

والتحقيق التفصيل بين ما يعدّ بمزجه عيباً في المزوج معه وعدمه في العرف ، وهو مختلف بالنظر إلى الكم والكيف ، ولعله لذا قال في التحرير « الدردي في الزيت والبنزريعب موجب للردّ أو الارش مع عدم علم المشتري به » وقال أيضاً « لو اشترى سمناً فوجد فيه غيره، تخيير بين الردّ واخذ ما وجد من السمن بنسبة الثمن ، ولا يلزم البائع ان يعطيه سمناً بازاء الناقص ، وإن كان سمناً » ومن ذلك يعلم انه قد يجتمع للمشتري خياران من التبعض والعيب إذا فرض انه يثبت بالخلط ايضاً .

المسألة السادسة لا إشكال بل ولا خلاف في ان كلامنا ﴿ تحميم الوجه ﴾

ووصل الشعر وما شابهه ﴿يثبت به الخيار إذا شرط فبان الخلاف ، بل في المسالك الإجماع عليه لماعرفته سابقا مما دل على ذلك ، إلا أنه بين الرد والإمساك مجاناً ضرورة عدم كونه عيباً ، فلم يبق إلا جهة الشرطية.

نعم لو كان المشترط مما يكون فقده عيباً إنتاجه ذلك كما هو واضح ، أما إذا لم يشترط واشترها محمّرة ذات شعر فبان أنها ليست كذلك ، فالمشهور بين الأصحاب أنه ﴿تدليس ، فيثبت به الخيار﴾ بين الرد والإمساك مجاناً ، من ﴿دون الأرش﴾ إذا لم يكن قد بان عيب فيها كغيره من أنواع التدليس الذي لم أجد خلافاً في ثبوت الخيار به ، بل قد سمعت الإجماع بقسميه على ثبوته بالتصريح التي هي فرد منه ، مضافاً إلى خبر الضرار (١)

﴿وقيل﴾ كما عن الخلاف أنه ﴿لا يثبت به الخيار﴾ ذكر ذلك في الجعد والتحمير والتبييض ، ولعل وصل الشعر مثلها عنده ، بل قيل إنه ظاهر التحرير والإرشاد والدروس ، وإن كان قد يناقش فيه باحتمال نفيه من حيث العيب ، ردّاً على ما يفهم مما عن المبسوط ، بل لعله ظاهراً أو ظاهراً بعضها لا من حيث التدليس ، بل لعل ما في الخلاف كذلك ، لكن لم يحضرنى فيرفع الخلاف حينئذ من أصله .

﴿و﴾ على تقديره فلا ريب في أن ﴿الأول أشبه﴾ بأصول المذهب وقواعده ، إذ لا مجال لاحتمال كونه غير تدليس ، كما أنه لا مجال لعدم ثبوت الخيار به على تقديره ، بل لا يبعد ثبوت الخيار وإن لم يكن من فعل المولى : لحصول الضرر على المشتري بذلك دون البايع ، لعدم وجود الصفة في مبيعته في الواقع ، والله أعلم .

بقي ﴿القول في لواحق هذا الفصل ، وفيه مسائل ، الأولى : إذا قال البايع بعثك بالبرائة﴾ من العيوب ﴿وأنكر المبتاع ، فالقول قوله مع يمينه ، إذا لم يكن للبائع يئنة﴾ بالاختلاف يعرف ، كما اعترف به بعضهم لقوله ﷺ (٢) البيئنة على

(١) الوسائل الباب ١٧ من أبواب الخيار الحديث ٣-٥

(٢) الوسائل الباب ٢٥- من أبواب كيفية الحكم واحكام الدعوى الحديث ٣

ج ٢٣ (في أنه إذا قال البايع بعثك بالبراءة وأنكر المبتاع فالقول قوله) ٢٨٥ -

المدعى واليمين على من أنكر» إذ هو مدع حتى لو قلنا أنه الذى «يترك لو ترك» لأن المراد به بالنسبة إلى تلك الدعوى نفسها وهو هنا كذلك ، فلا ينافيه الفسخ حينئذ من المشتري ، على أنه لا يتوقف على عدم دعوى البايع البراءة ، بل هو يحصل بموجبه ، فأثبت البراءة ينكشف فساد الفسخ ولو كان مورد النزاع في حال العقد الواقع ، أمكن التحالف كما تقدم في نظائره .

ولو كان كيفية الدعوى - بتحقيق المشتري الفسخ ، و البايع ينكره من غير ذكر سبب خاص أمكن القول حينئذ بكون البايع المنكر ، ولعله عليه ينزل ما عن المبسوط - «من أنه قد يكون البايع منكر إذا كان يدعى المشتري ابتياعه السلعة وبه عيب ، فيقول البايع : بعته بريئاً من هذا العيب فله أن يحلفه والله لا يستحق رده على » ، لأنه قد يبيعه وبه العيب ، ثم يسقط الرد بالرضا بالعيب » ، بناء على إرادة البراءة من استحقاق الرد بقرينة آخر كلامه ، لا أن المراد نفى الاستحقاق باشتراط البراءة من العيوب وإلا كان من المسألة المفروضة في المتن التي عرفت عدم الخلاف فيها ، وأنه لا إشكال للخبر المزبور الذى لا يصلح لمعارضته مكاتبة جعفر بن عيسى (١) لأبي الحسن عليه السلام المتقدمة في المسقطات من وجوه ، منها أن المفهوم من سياقه أن إنكار المشتري لسماع البراءة وقع مدالسة ، لعدم رغبته فيه وإلا فهو عالم بتبرى البايع ، ولذلك الزمه الامام عليه السلام بالثمن .

وكيف كان فعن الشهيد في حواشيه أن يمين المشتري هنا على نفي العلم ، ولعله لأنها على نفي فعل الغير مضافاً إلى إيماء قوله في خبر جعفر (٢) لم اسمع إليه . وفيه ان مرجعه إلى ما وقع عليه العقد إذ لا أثر للبراءة التي لم يسمعها المشتري ومن هنا قال في المحكي عن النهاية والسرائر يحلف أنه لم يبرأ إليه من العيوب وباعه مطلقاً أو على الصحة ، والأمر سهل ، وكدعوى التبري دعوى العلم بالعيب أو الرضاء به بعد العقد أو نحو ذلك ، وعن التذكرة أن مثلها أيضاً دعوى التقصير في الرد ، وفي المسالك

«أنه يتم في الخيار الفوري لافي خيار العيب» ، قلت لعله فرعه على القول بأن خيار العيب فوري كما صرح به في الغنية على ما ستعرف إن شاء الله والله أعلم .

المسألة الثانية إذا قال المشتري : هذا العيب كان عند البائع * أو قبل القبض مثلاً * فلي ردّه ، وأنكر البائع ، فالقول قوله مع يمينه * بلا خلاف أجده فيه لأن المشتري هنا هو المدعى باعتبار مخالفة دعواه أصالة اللزوم و« يترك لو ترك » فيكون البائع منكراً يقبل قوله مع يمينه ، لكن * إذا لم يكن للمشتري بينة * وإلا وجب الأخذ بها * ولا شاهد حال يشهد له * يفيد القطع للحاكم بصدق دعواه ، مثل أن يكون العيب أصبغاً زائداً أو قطع إصبع قد اندمل موضعه ، وقد اشتراه من يومه أو أمسه ، وإلا كان القول قوله بلا يمين ، كما أنه لو كان كذلك بالنسبة إلى إنكار البائع كطراوة الجرح مع تطاول زمان البيع ، قبل قوله بلا يمين .

أما إذا لم يفد القطع فظاهر الدروس وغيرها ممن قيد القرينة بإفادة القطع عدم اعتباره ، واستحسنه ثانی المحققين ، لان القرائن المثمرة للظن الذي لم يثبت من قبل الشارع اعتباره يبعد المصير إليها ، قال : ويستفاد من ذلك التعويل على ما أئمر القطع واليقين في كل موضع كالشيعاء إذا بلغ مرتبة التواتر ، فأئمر اليقين ، قلت ، قد يظهر من إطلاق المتن والنافع والقواعد والارشاد الاكتفاء بما يفيد الظن أيضاً ، إلا أنه لا بد من اليمين معه ، لان أقصاه لو كان مع المشتري انقلاب البائع مدعياً باعتبار مخالفته للظاهر ، و المشتري منكراً لموافقته إياه ، فيقبل قوله مع اليمين ، ولائمة له حينئذ لو كان مع البائع ، لان القول قوله بيمينه بدوئه .

وعن حواشي الشهيد إن كان شاهد الحال للبائع لا بد من اليمين ، لانه منكر ، وإن كان للمشتري فلا يحتاج إلى يمين ، لان الحال تشهد له بسبق العيب على العقد ، كالبينة التي تشهد له بسبق العيب ، وفيه ما لا يخفى سواء أراد الظنى منه أو القطعي . وكيف كان فيمين البائع على نفي العيب إذا كان مختبراً للمبيع مطالعاً على

ج ٢٣ (إذا قال المشتري هذا العيب كان عند البائع وانكر البائع فالقول قوله) - ٢٨٧-

خفاياه قبل البيع ، لاعلى نفى العلم بلا خلاف أجده بل فى الرياض قولاً واحداً ، و مقتضاه عدم الاكتفاء به لو حلف كذلك ، وهو لا يخلو من إنشكال ، سيما إذا كان جوابه به ، أما إذا لم يكن قد اختبره فقد يقال : إن له الحلف على القطع عملاً بأصالة عدم ، بناء على ظاهر السلامة ، كما يحلف على عدم النجاسة فى الماء استناداً إلى أصالتها .

وعن التذكرة والميسرة وغيرهما الاكتفاء حينئذ بنفى العلم : وفى المسالك « وهو حسن لاعتضاده بأصالة عدم التقدم فيحتاج المشتري إلى إثباته » ، قيل ومعناه أن هذا الحلف لا يسقط الدعوى بالكلية ، بل لو ظفر بعد ذلك ببيّنة أقامها ، و سمعت وهذا أحد الاحتمالين أو القولين فى مثل المسألة ، ولعل الأقرب أنه لا يكتفى بذلك منه ، فيرد الحاكم اليمين على المشتري ، فيحلف فيردّ أو يأخذ الارش ، قلت : وهو متجه بناء على عدم الاكتفاء بالحلف على نفى العلم فى الصورة الاولى ، إذ لا أثر للاختبار وعدمه ، فى كون حق المدعى اليمين على نفى العلم ، فالمتجه إتخاذهما فى الحكم ؛ وأنه يكفى فيهما معاً اليمين على نفى العلم حتى إذا كان الجواب نفى العيب ، ويكفى ذلك فى نفى استحقاق المشتري الرد الذى يشترط فيه معلومية السبق ولو بطريق شرعى ، فتأمل جيداً فإن المسألة لا تخلو بعد من نظر ، وقد أشبعنا الكلام فيها فى كتاب القضاء فلاحظ ، هذا كله إذا كان الجواب بنفى العيب . أما إذا كان الجواب بلا يستحق الرد على بهذا العيب فهو جواب صحيح يجب على الحاكم إستماعه وإحلافه على ذلك ، كما عن المبسوط من غير حاجة إلى نفى العيب أو العلم به ، وما عن النهاية والسرائر من إطلاق أنه كان على البائع اليمين بالله أنه باعه صحيحاً ، لا عيب فيه ، منزل على غير ذلك ، كما أن ما عن أبي على من أنه إن ادعى البائع أنه حدث عند المشتري أحلف المشتري إن كان منكراً ، منزل على المقام أيضاً فتأمل جيداً .

ولوباع الوكيل فالمشتري يرد بالعيب على الموكل و لو انكر سبق العيب لم يقبل إقرار الوكيل عليه ، و كان للمشتري الرد على الوكيل إذا كان جاهلاً بالوكالة ولم يتمكن الوكيل من إقامة البينة على وكالته و إقرار الموكل بها لا يجدى في جواز الرد عليه .

نعم كان للوكيل تحليف الموكل على نفى العيب دفعاً للظلامة عن نفسه، ولو أنكر الوكيل المجعولة وكالته سبق العيب حلف على النفي دفعاً للغرامة عن نفسه ، فان نكل ردّ عليه ، وفي جواز رده حينئذ على الموكل وجهان مبنيان على أن اليمين المردودة كالإقرار فلا يرد ، أو كالبينة فيرد ، وربما أشكل بناء الوجهين على ذلك ، بأن البينة على سبق العيب غير مسموعة من الوكيل على الموكل ، بعد إنكاره سبق ، لانه معترف بكون المشتري ظالماً ، وقد يدفع بأن المراد كونها كالبينة من الراد ، لامن التاكل فهي حاكمة عليها ، لكن في اقتضاء ذلك جواز الرد من الوكيل نظر .

نعم للمشتري الرد بها بعد اعتراف البائع بالوكالة، أو يقال بأن إنكاره لسبق العيب على وجه الاستناد إلى الأصل بحيث لا ينافي ثبوته ولا دعوى ثبوته كأن يقول في الجواب لاحق لك على " من جهة هذه الدعوى ، إذ ليس في المبيع عيب لك على الرد به ، فلا يمتنع حينئذ تخريج المسألة على القولين والله اعلم .

المسألة ﴿ الثالثة ﴾ إذا أراد المشتري أخذ الارش حيث يكون له ، فطريق معرفته أنه ﴿ يقوم المبيع صحيحاً ومعيباً وينظر في نسبة النقص من القيمة فيؤخذ من الثمن بنسبتها ﴾ أي ما بين القيمتين ، لأنه هو الذي فات عليه بسبب العيب ، لا أنه يؤخذ تفاوت ما بين القيمتين ، وإن أطلق في النصوص وعبارات بعض القدماء ذلك ، الا أنه يجب تنزيله على كون الثمن قيمة المثل لا مطلقاً والاجمع في بعض الاحوال بين العوض و المعوض وقد نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وآله قال : لا يجمع بين

ج ٢٣ (في أنه طريق معرفة الارش أنه يقوّم المبيع صحيحاً ومعيافياً يؤخذ بنسبتها) - ٢٨٩.

العوض والمعوض لواحد « على أن المراد جبر مافات عليه بسبب العيب لا غيره ، مما أقدم عليه أوغبن فيه أو غير ذلك ، والذي فات عليه بسببه ما ذكرناه مضافاً الى ما سمعته من الصحيح أو الحسن (١) السابق المراد من قوله فيه « ويرد عليه بقدر ما ينقص من ذلك الداء والعيب من ثمن ذلك » ما سمعته قطعاً ، والالام يكن وجهاً للتقييد بالثمن كما هو واضح ، وحينئذٍ فما عن بعض الجمهور من أن الارش نقص قيمة المعيب من الأغلاط

نعم هو متجدد في الارش بالنسبة الى الغاصب ونحوه ، بل و الى البايع حيث يفسخ بخياره مثلاً ، وكان قد تعيب في يد المشتري عيباً مضموناً ، فانه ياخذ حينئذٍ تفاوت ما بين القيمتين ، لامن الثمن بالنسبة مع احتماله ، لا قدامه على الضمان بالثمن ، إلا أن الاول أقوى ، وعن الشهيد في الحواشي أن الارش يطلق بالاشتراك اللفظي على معانٍ آخر ، منها - نقص القيمة لجناية الانسان على عبد غيره في غير المقدر الشرعي ومنها - ثمن التالف المقدر شرعاً بالجناية ، كقطع يد العبد ، ومنها - أكثر الامرين من المقدر الشرعي والارش ، وهو ما تلف بجناية الغاصب ،

ثم ان الظاهر مراعات القيمة حال العقد لان الثمن يؤمّنذ قابل المبيع ، وهو وقت دخوله في ملكه ، ووقت استحقاقه الارش ، لا يوم القبض باعتبار أنه يوم دخول المبيع في ضمانه ، ويوم استقرار الملك ، لانه لا دخل لذلك في اعتبار القيمة ، ومنه يعلم ضعف احتمال أقل الامرين من يوم العقد الى يوم القبض ، لان القيمة ان كانت يوم البيع أقل فالزيادة حدثت في ملك المشتري ، ولان يوم البيع وقت الاستحقاق ، و ان كان يوم القبض ، أقل فالنقص من ضمان البايع ، لأنه وقت الاستقرار ، ولعل احتمال

كون المدار على القيمة حال استحقاق الارش باختياره أو بحصول المانع من الردّ أولى منهما ، لان ذلك الوقت هو وقت استحقاق الارش اذ قبله كان البائع مخيراً بين الرد و الارش ، فهو غير مستحق على التعيين ، ولذا لا تشتغل به ذمة البائع حينئذ بخصوصه الامع أحد الامرين ، ولو كان العيب الذي يراد أرشه حادثاً في زمن الخيار مثلاً بناء على استحقاق الارش ، فالمتجه ملاحظة القيمة حين حدوثه او حال تعيين استحقاقه بالاختبار أو التصرف مثلاً فتأمل جيداً

و يعتبر في المقوّم العدالة والمعرفة والتعدد والذكورة و ارتفاع التهمة ، كما نصّ عليه في الدروس وغيرها ، الا انه مع ابتناؤه على أن التقويم من باب الشهادة لا يخلو بعضها عن نظر ، خصوصاً مع تعذرها وانحصار المقومين في فاقديها ، وعلى تقدير الاشتراط ، فالمتجه حينئذ عند التعذر الرجوع إلى الصلح بما يراه الحاكم ، كما أن المتجه هنا سؤال الحاكم ممن يتمكن من المقومين وإن لم يجمعوا الشروط ليكون على بصيرة في حكمه ، وأما احتمال التعطيل حتى يحصل مقومون جامعون للشروط ، ففيه تعطيل الحق عن مستحقه ؛ كما أن احتمال الاقتصار على المتيقن و نفي الزائد بأصالة البرائة فيه ضرر على من له الارش ، فالاولى ما ذكرنا .

كما أنه يمكن أن يقال ﴿إن اختلف أهل الخبرة في التقويم﴾ أو اختلف القيم ، لأفراد ذلك النوع المساوية للمبيع ، فان ذلك قد يتفق ولو نادراً ، يتعين الصلح أيضاً إذ الاقتصار على الأقل و نفي الزائد بأصل البرائة والرجوع إلى القرعة أو التخيير للحاكم أو نحو ذلك ، مما يظهر بعضه مما ذكره في تعارض الامارات ، لكن المفيد و المصنف و الفاضل و الشهيدين والعليين وغيرهم على ما حكى عن بعضهم على أنه ﴿يعمل على الأوسط﴾ الذي هو هنا عبارة عن قيمة منتزعة من مجموع القيم ، نسبتها اليه كنسبة الواحد الى عدد تلك القيم من القيمتين نصف مجموعهما ومن الثلاثة ^{ثلاثة} و

هكذا حتى تكون عملا بالجميع في الجملة ، وذلك لاتقاء الترجيح لقيمة على أخرى ، فالمراد من الوسط حينئذ القيمة المتوسطة بين الجميع بحيث لا تكون الى واحدة أقرب منها الى أخرى ، لا الوسط بالمعنى المنساق ، ضرورة اتفاؤه في نحو القيمتين ، والاربعة ونحوها مما لا وسط لها .

وحاصله مراعاة نقيضة كل قيمة وزيادتها ، فلو قوم صحيحاً مثلاً باثنى عشر ومعيباً بعشرة وقومه آخر صحيحاً بثمانية ، وخمسة معيباً كان تفاوت قيمته صحيحاً أربعة ، فتقسم بالنصف إعمالا لكل من البينتين ، فيكون قيمته صحيحاً عشرة وتفاوت قيمته معيباً مثلاً خمسة فتقسم أيضاً بالنصف إعمالا لهما ، فيكون قيمته معيباً سبعة ونصفا ، فالتفاوت حينئذ بين قيمة الصحيح والمعيب المنتزعين الربع ، فيؤخذ ذلك من الثمن ، وهذا معنى قولنا يؤخذ من القيمتين نصف مجموعهما ، ومن الثلث ثلثها ، محافظة على ذلك

وكذا قول بعضهم في طريق ذلك ، بوجه أسهل من الأول ، إنه تجمع القيم الصحيحة ، والقيم المعيبة ، ثم تنسب ويؤخذ بنسبتها من الثمن ، بل هو بعينه الرجوع إلى نصف مجموع القيمتين ، ضرورة كون النسبة بين المجموعين هي النسبة بين أجزائهما مع اتحاد الاجزاء في الاسم كالنصف مثلاً ، فالنسبة بين العشرين والخمسة عشر مثلاً هي النسبة بين العشرة والسبعة ونصف ، والنسبة بين الستة والثمانية ، كالنسبة بين نصفيهما كما هو واضح ، ومرجع الجميع إلى ما ذكرنا

نعم يحكى عن الشهيد طريق آخر للجمع بين القيم ، بل عن إيضاح النافع أنه الحق ، وهو أن ينتسب معيب كل قيمة إلى صحيحها ويجمع قدر النسبة ويؤخذ من المجتمع بنسبة القيم كنصفه إن كانتا اثنتين وثلاثة لو كانت ثلاثة وهكذا ، وهو قد يتحد

مع الطريق الأول: وقد يختلف، وكشف الحال يحصل بصور، الأولى أن يختلف المقومون فيها معاً بأن قالت إحدى البيهقيين إن قيمته إنني عشر صحيحاً وعشرة معيباً والأخرى ثمانية صحيحاً وخمسة معيباً، فالتفاوت بين مجموع الصحيحتين ومجموع المعيبتين الربع، فيرجع ربع الثمن فلو كان إنني عشر فالأرش ثلاثة وكذا إذا أخذت نصف مجموع الصحيحتين وهو عشرة ونصف مجموع المعيبتين وهو سبعة ونصف، يكون التفاوت ربعاً أيضاً وعلى ما ذكره الشهيد يؤخذ تفاوت الأولى وهو السدس، والثانية وهو ثلاثة أثمان ثم يقسم ذلك بالنصف لأن الفرض أنهما قيمتان، فيكون نصف سدس وثمان ونصف ثمن ثم يسقط ذلك من الثمن فإذا كان هو إنني عشر سقط منه ثلاثة وربعه التي هي نصف السدس وثلاثة أثمان أي ستة ونصف، ولو كانت القيم ثلاثة إحداهما كالأولى والثانية عشرة صحيحاً وثمانية معيباً والثالثة ثمانية صحيحاً وستة معيباً فعلى الأول يكون التفاوت الخمس، لأن مجموع القيم الصحيحة ثلاثون، والمعيبة أربعة وعشرون، فالتفاوت ستة هي خمس، فيرجع بخمس الثمن وهو إثنان وخمسان، من الاثنى عشر، وعلى الثاني يجمع سدس الثمن وهو إثنان من الاثنى عشر، وخمسه وهو إثنان وخمسان، وربعه وهو ثلاثة، فيكون المجموع سبعة وخمسين، فيسقط من الثمن ثلثها وهو إثنان وخمسان وثلث الخمس، وبه يزيد على الأول وقد يتحدان كما لو كانت إحدى القيمتين إنني عشر صحيحاً وأربعة معيباً، والأخرى ستة صحيحاً وإثنان معيباً فإن التفاوت الثلثان على كل منهما، وكذا لو كانت الأولى ستة معيباً والثانية ثلاثة معيباً، فإن التفاوت النصف على كل منهما أو كانت الأولى ثمانية معيباً والثانية أربعة، فإن التفاوت الثلث على كل منهما.

وعكذا الصورة الثانية: إن تتفق قيمة الصحيحة وتختلف المعيبة فلو كانت قيمته إنني عشر صحيحاً عند الجميع وقيمته معيباً بعشرة عند قوم، وستة عند آخرين.

والطريق على الأولى تنصيف مجموع قيمتي المعيبة ونسبته، إلى الصحيحة ويسقط من الثمن بالنسبة، وهو الثلث هنا أو تضعف الصحيحة وينسب المجموع إلى المجموع؛ وهو هنا الثلث أيضاً، وعلى ما ذكره الشهيد يجمع السدس والنصف من الثمن، ويسقط نصفه وهو الثلث

هنا أيضاً ، وكذلك لو كانت القيم في المعيب ثلاثة بأن قالت الثالثة إن قيمته ثمانية معيباً ، فإنك إن كررت الصحيحة ، أو أخذت ثلث مجموع قيم المعيبة ونسبته إلى الصحيحة ، أو جمعت السدس والتصف والثلث وأسقطت ثلثه من الثمن ، كان التفاوت الثلث أيضاً .

الصورة الثالثة : إن تنفق قيم المعيبة دون الصحيحة ، بأن كانت قيمته ستة معيباً عند الجميع وثمانية صحيحاً عند قوم ، وعشرة عند آخرين ، والتفاوت الثلث إن ضعفت المعيبة ، ونسبتها إلى مجموع القيمتين أو أخذت نصف الصحيحتين ، ونسبته إلى المعيبة ، وعلى ما ذكره الشهيد يجمع التفاوت وهو الربع والخمسان وهي من الاثنى عشر المفروض كونه ثناء أربعة وأربعة أخماس ، ثم يسقط نصفهما من الثمن وهو ثلاثون ونصف وخمسان ، وبه يحصل الاختلاف بين الطريقين ، ولو كانت القيم ثلاثة بأن كانت الثالثة إثني عشر صحيحاً صار التفاوت خمسين ، سواء أخذت ثلث مجموع الصحيحة وهو عشرة ، ونسبته إلى المعيبة أو ضعفت المعيبة ثلاثاً فتكون ثمانية عشر وتفاوتها مع الثلاثين خمسان .

أما على ما ذكره الشهيد يجمع الربع وهو ثلاثة من الاثنى عشر والخمسين وهو أربعة وأربعة أخماس والتصف وهو ستة فيكون المجموع ثلاثة عشر وأربعة أخماس فيسقط ثلثها من الثمن وهو أربعة وثلث وخمس وثلث الخمس ، إلى غير ذلك مما لا يخفى عليك ، بعد الإحاطة بما ذكرنا . نعم قد يشكل ذلك كله بأنه لا دليل عليه ، وقاعدة الجمع بين البينات يمكن منعها فالمتجه حينئذ ما ذكرنا من القرعة ، أو الإقتصار على الأقل ، أو نحو ذلك مما سمعت الذي لا يخلو القول بالقرعة فيه من قوة ، ومع تلك القاعدة ، فالأولى ما ذكره الشهيد من إعمال كل من البينتين ببعض ما قامت عليه من التفاوت على وجه لا يفصل أحدهما عن الآخر ، ضرورة كونه هو الذي اختلفت البينات فيه ، والتقويم مقدمة له ، لأنه ينتزع قيمة جديدة خارجة عن المجموع كما هو مقتضى الطريق

الأول ، إذ هو ليس جمعاً فيما اختلفت فيه البيّنات من التفاوت الذي هو مقتضى أحدها الثلث مثلاً ، ومقتضى الأخرى الربع مثلاً ، بل اللائق بعد القطع بانحصار التفاوت في أحد الأمرين ، ولم يعلم به على الخصوص تنصيف مقتضى كل من البيّتين والحكم بكونه الأرض إعمالاً لكل منهما في النصف فتأمل جيداً

اللهم إلا أن يقال انهم أخذوا ذلك مضافاً إلي ما سمعت من خبر عبد الله بن عمر (١) الوارد في الاضاحي قال : « كنا بمكة فأصا بنا غلاء في الاضاحي فاشترينا بدينار ثم بدينارين ثم بلغت سبعة ، ثم لم توجد بقليل ولا كثير فوقع هشام المكاربي إلى أي الحسن عليه السلام فأخبره بما اشترينا وانالم نجد ، فوقع عليه السلام انظروا إلى الثمن الاول والثاني والثالث فأجمعوا ثم تصدقوا به مثل ثلثه » وقد عمل به الاصحاب في محله بل قالوا الضابط أن تجمع القيمتان أو القيم وتصدق بقيمة منسوبة إلى القيم بالسوية ، فمن الثلاث الثلث ، ومن الاربعة الربع ، وهكذا واقتصار بعض على الثلث تبعاً للرواية وإلا فالمراد ذلك ، وهو قريب إلى ما قلنا به ، بل لعل اختلاف البيّنات هو تعدد القيم باعتبار تفاوت الرغبات فيكون كالشي الواحد الذي له قيم متعددة ومقتضى العدل الجامع بين حقى المشتري والبايع هو ما ذكره الاصحاب ، وتضمنه الخبر المزبور ، فليست المسألة حينئذ من تعارض البيّنات كي يجري فيها حكمه

ولو كان الثمن عروضاً استحق المشتري قيمة نسبة التفاوت منه كما أنه لو كان نقداً لم يستحق الأرض في خصوص ما دفعه منه ، لان التحقيق كون الأرض من الغرامات فالثمن حينئذ ملك البايع على كل حال ، ولو كان العيب في الثمن وكان عروضاً استحق البايع على المشتري قيمة نسبة التفاوت من المبيع فمع فرض كون التفاوت النصف استحق عليه قيمة نصف المبيع

وقد يحتمل أنه يستحق عليه تفاوت ما بين الصحة والعيب ، ولا جمع هنا بين العوض والمعوض عنه بحال ، لأن الغابن إن كان هو المشتري فالامر واضح ، وإن كان هو المغبون ، فليكن كذلك في الثمن وأرشه ، ضرورة أن الارش ليس هو الإيجاباً للعيب ، بحيث يصيره صحيحاً ؛ وهو الغبن الاول الذي قد أقدم عليه ، وفيه أن مثله ياتي في عيب المبيع مع أنك قد عرفت انه يرجع على الثمن بنسبة التفاوت ودعوى - الفرق بينهما يكون الثمن قيمة للمبيع ، بعد أن تراضيا عليه ، فيكون التفاوت بالنسبة وملاحظة القيمة الواقعية إنما هو لمعرفة قدر التفاوت - يدفعها أنه كما أن الثمن قيمة للمبيع بالتراضي كذلك المبيع قيمة الثمن لذلك أيضاً ، فالاولي ملاحظه النسبة في كل منها ، فتأمل جيداً

المسألة ﴿ الرابعة إذا علم بالعيب ﴾ بعد العقد ﴿ ولم يرد لم يبطل خياره ولو تطلو الآن يصرح باسقاطه ﴾ أو يحصل ما يقتضيه مما عرفته فيما تقدم ، إذ هو على التراخي على المشهور بل ربما ظهر من بعضهم الاتفاق عليه فضلاً عن عدم الخلاف فيه ، وفي المسالك « أنه المعروف في المذهب ولانعام فيه خلافاً » نعم نجعله في التذكرة أقرب وهو يشعر بخلافه ، لكن لانعلم قائله وإنما خالف فيه الشافعي جعله على الفور وهو محتمل إن لم يثبت الإجماع بتقريب الدليل السابق في نظائره ،

قلت الاستصحاب وإطلاق الأدلة بل ظهور بعضها إن لم يكن صريحة ينفي الاحتمال المزبور ، فضلاً عن الاجماع المذكور ، وإن كان هو قول أبني زهرة وحمزة في الغنية ﴿ و ﴾ الوسيلة بل نفي الخلاف عنه أولهما ، إلا أنه غريب فلأرب حينئذ في التراخي كما أنه لا ريب في أن ﴿ له فسخ العقد بالعيب سواء كان غريمه حاضراً أو غائباً ﴾ خلافاً للمحكمي عن أبي حنيفة من اشتراط الحضور

المسألة ﴿ الخامسة إذا حدث العيب بعد العقد وقبل القبض كان للمشتري

رده ﴿ قطعاً ﴾ وفي الارش تردد ﴿ وخلاف قد تقدم الكلام فيه سابقاً في التسليم ﴾ ولو قبض بعضه ثم حدث في الباقي حدث ﴿ العيب ﴾ كان الحكم كذلك فيما لم يقبض ﴿ لأنه مضمون على البايع واتحاد الصفقة يلحق المقبوض به في ذلك بل لا يجوز له الاقتصار على رد غير المقبوض لما عرفت مفعلاً في المعيب بعيب سابق إذا المسألة من واد واحد.

لكن في المسالك هنا أنه ربما قيل بجواز الاقتصار على رد المعيب خاصة نظراً إلى أن سبب الرد هو العيب الحادث في البعض وقد حدث حين كان ذلك البعض مضموناً وحده فيتعلق بجواز الرد دون المقبوض ، وفيه أن حدوث العيب في غير المقبوض مقتضى لجواز رده في الجملة لارده وحده ، لأن كون المقبوض غير مضمون لا يمنع رده كما لا يقتضيه ، فيبقى مقتضى إتحاد الصفقة الذي هو عدم جواز تبعضها إلا بالتراضي بحال من غير معارض ، بل لو أراد المشتري رد الجميع ولم يرض البايع إلا برد المعيب وحده لم يكن له ذلك ، لأن المعيب يرد بعينه الحادث في وقت كونه مضموناً ، والباقي حذراً من تبعض الصفقة كما هو واضح .

﴿ و ﴾ أما ﴿ ما يحدث في الحيوان بعد القبض وقبل انقضاء الخيار لا يمنع الرد في الثلاثة ﴾ لأنه مضمون على البايع فيها ، فلا ينال في الخيار الثابت فيها كما أنه لا يمنع الرد بالعيب السابق ولو فيما بعد ، لما عرفت من أن ثبوت الخيار به على التراخي والحادث لا يصلح ما ناله ، بعد أن كان مضموناً على البايع نعم ظاهر العبارة أنه لا يوجب خياراً كما حكاه أول الشهيدين عنه في الدروس قال : « وهو يناق في حكمه في الشرايع بأن الحدث في الثلاثة من مال البايع مع حكمه بعدم الأرش فيه ، وكأنه يريد أنه إذا كان مضموناً على البايع كالجملة أزمه الحكم بالأرش ، إذ لا معنى لكون الجزء مضموناً لا ثبت أرشه ، لأن الارش عوض الجزء الفائت أو التخيري عنه وبين الرد ، كما أن ضمان الجملة يقتضي الرجوع بمجموع عوضها وهو الثمن .

ومن هنا كان خيرة الشهيدين والمحقق الثاني وغيرهم أن له الردّ بالعيب الحادث بل صرح بعضهم بأن له الأرض إن اختاره ، إذ هو باعتبار ضمانه على البايع كالعيب السابق ، وهو المنقول عن شيخ المصنف نجيب الدين ابن نما فيكون له في الثلاثة حينئذ الخيار في الردّ من جهتين ، ولأمانع ، لأن علل الشرع معارف يمكن اجتماع كثير منها في وقت واحد ، كما في خيار المجلس والحيوان والشرط والغبن إذا اجتمعت في عين واحدة قبل التفرق ، وتظهر الفائدة في المقام في الإسقاط وفي ثبوت الخيار بعد انقضاء الثلاثة ، ولعدم تقييد خيار العيب بها ، وإن اشترط حصوله في الثلاثة فما قبلها وقد تقدم في العيب قبل القبض ما يظهر منه المطلوب هنا ، لاتحادهما في كيفية الدليل ، فيأتي في الأرض والردّ حينئذ ما سمعته سابقا .

وقد ينتصر للمصنف بأن الأصل اللزوم ولا معارض له سوى ما دل على أن التلف في الثلاثة من مال البايع ، وهو ظاهر في الإفساخ وألحق به العيب ، إلا أن الإجماع على عدم الانفساح به ، فيمكن أن يكون المراد بكونه من مال البايع أنه إذا فسخ المشتري بخياره الذي هو الثلاثة تستقر غرامة العيب على البايع ، لا أنه يردّ به ، أو أن له الأرض للأصل السائم عن المعارض ، ولا ينتقض ذلك بالعيب قبل القبض لأنه لا أرض له عنده أيضاً ، وأما الردّ به فلعله للإجماع ونحوه ، وبذلك يرتفع التنافي عن كلام المصنف والله أعلم بحقيقة الحال

المسألة ﴿ السادس : روى ﴾ اسمعيل ﴿ أبو همام ﴾ بن همام في الصحيح ﴿ عن الرضا عليه السلام ﴾ (١) قال : ﴿ سمعته يقول ﴾ « يردّ المملوك من أحداث السنة : من الجنون والجذام والبرص ﴾ فقلت : كيف يردّ من أحداث السنة قال : هذا أول السنة ، فإذا اشتريت مملوكا به شيء من هذه الخصال ما بينك وبين ذى الحجة فرده

على صاحبه» وفي رواية على بن اسباط عنه عليه السلام أيضاً (١) «و أحداث السنة ترد بعد السنة قلت وما أحداث السنة» قال عليه السلام الجنون والجذام والبرص و القرن عليه السلام فمن اشترى فحدث فيه هذه الاحداث فالحكم أن عليه السلام يرد عليه السلام على صاحبه عليه السلام إلى تمام السنة من يوم اشتراه «وفي معناه رواية محمد بن تلي عليه السلام الذي احتمل فيه أنه الحلبي (٢) عليه السلام عند عليه السلام أيضاً عليه السلام قال «سمعتة يقول يرد المماوك من أحداث السنة من الجنون والجذام والبرص والقرن قال: قلت: كيف يرد من أحداث السنة فقال : هذا أول السنة يعني المحرم فإذا اشتريت مملوكاً فحدث فيه من هذه الفصال ما بينك وبين ذى الحجة رددت علي صاحبه» وفي خبر ابن فضال (٣) «ترد الجارية من أربع خصال من الجنون والجذام والبرص والقرن والحذبة» وعن الكافي (٤) والقرن الحذبة إلا أنها تكون في الصدر تدخل الظهر وتخرج الصدر «وفي موثق (٥) عن أبي الحسن عليه السلام «في أربعة أشياء خيار سنة الجنون والجذام والبرص والقرن» وفي حسنة عبدالله بن سنان (٦) «وعهدته السنة من الجنون فما كان بعد السنة فليس بشيء» وروى الوشا (٧) «أن العهدة في الجنون وحده إلى سنة» ولا محيص عن العمل بما تضمنه الصحيح الاول بعد اعتضاده بما سمعت ، وبالأجداع في الغنية ومحكي السرائر الذي يشهد له التتبع لكلمات الأصحاب فإنني لم أجد خلافاً في الرديها إلى سنة كما عن التذكرة الاعتراف به في الجنون؛ بل قيل إن ظاهرها الاجماع فيه وفي الاخيرين فما عن الأردبيلي من التوقف في خصوص البرص منها لما في حسنة عبدالله بن سنان (٨) «من

(١) (٢) الوسائل الباب ٢ - من ابواب احكام العيوب الحديث ٣ وفي ذيل الحديث ٢ -

(٣) (٤) الوسائل الباب ٢ - من ابواب احكام العيوب الحديث ١ وفي ذيله ٢

(٥) (٦) (٧) الوسائل الباب ٢ - من ابواب احكام العيوب - ٣٧ ع

(٨) الوسائل الباب ٣ - من ابواب الخيار الحديث ٧

أن العهدة فيه ثلاثة أيام» في غير محله ، ضرورة قصورها عن معارضة ما سمعت من وجوه خصوصاً بعد احتمال تصحيف المرض فيها بالبرص ، للتقارب في النقش ، كما أن الاشكال في المسالك في الجذام بأنه يوجب المتق على المالك فهراً ، وحينئذ فإن كان حدونه في السنة دليلاً على تقدمه على البيع ، اما قبل في تعليل الرد بهذه الأحداث ؛ من أن وجودها في السنة دليل على حدوثها قبل البيع ، لأنها تكمن في البدن سنة لم تخرج ، فيكون عتقه على البايع ، فيكشف ظهوره عن بطلان البيع فلا يتجه الخيار ؛ وإن عمل على الظاهر كان حدونه في ملك المشتري موجباً لعتقه قبل أن يختار الفسخ إذ ليس له اختياره ، حتى يتحققه ، ومتى تحققه حكم بعتقه شرعاً قبل الفسخ ، فيشكل جوازه بعد العتق - في غير محله .

وإن قال : ويمكن حله بأن الحكم بعتقه بالجذام مشروط بظهوره بالفعل ، كما هو ظاهر النص ، ولا يكفي بوجوده في نفس الامر ، فلا يعتق على البايع قبل بيعه لعدم ظهوره ولا بعده قبل الفسخ ، لعدم ملكه ، وعتقه على المشتري موقوف أيضاً على ظهوره ، وهو متأخر عن سبب الخيار فيكون السابق مقدماً فيتمخير ، فإن فسخ عتق على البايع بعده ، وإن اختار الامضاء عتق على المشتري بعده ، فينبغي تأمل ذلك ، قلت : فيه أولاً أنه لا إشعار في شيء من النصوص بأن الفسخ بهذه العيوب لمكان ظهور سبقها عند البايع ، حتى يتجه القول بسبق الخيار ، قال : ابن ادريس الذي هو الاصل في الاشكال المزبور ؛ فيما حكى من سرائره أن الدليل على ذلك الاجماع ؛ وما بنا حاجة إلى ما قاله شيخنا في مقننته ، من أن أصول هذه الأمراض يتقدم ظهورها سنة ، ولا يتقدمها بأكثر من ذلك ، لأن هذا يؤدي إلى بطلان البيع ، لأن البايع باع مالا يملك ، لأن الرقيق ينعق بالجذام من غير اختيار مالكة ، وإنما الشارع حكم بأن الرقيق يرد من هذه العيوب مالم يتصرف فيه ما بين شرائه من سنة ، وثانياً أنه يمكن القول كما في

الحدائق بأن الانعتاق بالجذام ونحوه إنما هو في الملك المستقر الذي لا يتعقبه خيارو
لافسخ ، بخلاف مانحن فيه الذي هو مراعى بمضي السنة ، فلا بأس حينئذ بتنزيل خبر
السكوني (١) الدال على الانعتاق به على غير الفرض ، خصوصاً مع قصوره عن مغارضة
هذه النصوص من وجوه ، فلا وجه حينئذ للتفصيل بين فسخه ، فينتق على البايع و
عدمه ، فينتق على المشتري ، لوضوح بعده عن هذه النصوص ، وإن كان قد يناقش
فيه بأن التعارض بينها وبين خبر السكوني إنما هو في هذا الحال ، فيترجح عليه ، أمّا
غيره فيبقى بالمعارض .

نعم قد يقال أنه لا تنافي بين انعتاقه وبين استحقاق المشتري الرجوع على
البايع ، إلا أنه يكون إنفساخاً للعقد لأنه قد تلف بعيب مضمون على البايع ، فهو كما
لوعى في الثلاثة ، فالمراد بالرد حينئذ في النصوص هنا الأعم منه ومن الرد بالخيار؛
ويحتمل أن لا يكون إنفساخاً فله الخيار حينئذ بين فسخ العقد والرجوع بالثمن ، و
بين الامضاء والمطالبة بالأرض ، لكن يجب حينئذ عدم ملاحظة الحرية فيقوم عبداً
صحيحاً وعبداً مجذوماً ، إذ على تقدير ملاحظتها لا تبقى له قيمة ، فلا جهة للأرض ، بل يتعين
كونه إنفساخاً ، كما في كل عيب مذهب للمالية ، ولعل ذلك لازم على ما ذكره في المسالك
أيضاً فيما لومنع من رده من حدوث عيب ونحوه ؛ ثم أجزم فإنه لا محيص له حينئذ
عما ذكرنا من القول بالإنفساخ قهراً واختيار الأرض على الطريق الذي ذكرناه ، هذا
كله في العيوب الثلاثة .

وأما القرن فقد ألحقه في الدروس ومحكي جامع الشرايع والإسكا في فيما
حكى عنه ، لكن في المسالك نسبته إلى الشهرة ، ولم تتحققها بل لم يعرف القول به لغير
من عرفت ، فالقول به لا يخلو من تأمل ، وإن تضمنه الأخبار المزبورة المحتاج بعضها

إلى جابر، كما أن اقتصار الأكثر على غيره يوهن الآخر، على أن في خبر كافى (١) منها ما يقضى بأنه الحديبه، وهو خلاف المعروف بين الفقهاء واللغويين، إنه وعندهم شيء كالسن يكون في الفرج يمنع من الجماع، وعلى ما رواه غيره (٢) يكون الحديبه معطوفاً على الأربعة، إلا أنه لم نعثر على مفت به ولا على نص آخر به، واحتمال دخولها في القرن باعتبار اشتراكها معد في النشو، وإن كان هو في الفرج وهي في الصدر كما ترى

وكيف كن فالظاهر مساوات الخيار بهذه العيوب له في غيرها سقوط الرد بالتصرف وحدث العيب ونحوهما مما عرفت، وبالسقوط في الأول فضلاً عن غيره صرح الفاضل و الشهيد أن وغيرهم، بل لعل من تركه هنا انكالا على ما ذكره في حكم العيب، ولذا قال في الغنية: «يرد بها ما لم يمنع مانع» وقال ابن ادريس فيما حكى من سرائره «أن خطر بالبال وقيل الفرق بين هذه العيوب وغيرها أنه لا يسقط الرد بها بالتصرف بخلاف غيرها، قلنا له: هذا خلاف إجماع أصحابنا؛ ومناف لأصول المذهب، لأن الإجماع حاصل على أن التصرف يسقط الرد بغير خلاف بينهم، والأصول مثبتة مستقرة على هذا الحكم، بل ظاهره الإجماع على ذلك إلا أنه أشكله بعضهم بأنه يبعد تنزيل إطلاق الاخبار على عدم التصرف في المملوك الذي يشتري للخدمة في مدة هذه السنة، فلا يبعد القول بعدم سقوط هذا الخيار بالتصرف كالمصراة؛ وقد يدفع أولاً بأنه لا يستبعد في حمل الإطلاق عليه بعد أن لم يكن جواباً للسؤال عن أمر واقع، وثانياً أنه قد يقال إن المسقط للرد إنما هو التصرف بعد حصول سبب الخيار لاقبله، والنصوص لو سلم ظهورها فهو في الثاني، لا الأول كما هو واضح

(١) الوسائل الباب ٢ من أبواب أحكام العيوب الحديث ١

(٢) الوسائل الباب ٢ من أبواب أحكام العيوب الحديث ١

ولعله إليه أومى المصنف بقوله: ﴿فرع هذا الحكم يثبت مع عدم الاحداث فلو أحدث ما يغير عينه أو وصفته ثبت الارش وسقط الرد﴾ وان اعترضه فى المسالك بأن مطلق التصرف مانع من الرد لغيرها من العيوب وان لم يوجب تغييرا، لكن قد يقال ان المصنف أراد أن التصرف إذا لم يكن يقتضى أحد الأمرين ولا مخرجا عن الملك، لا يسقط الرد بالعبب الحادث عنه؛ أما عما فيسقطان وإن حصل قبله لاشتراط الرد فى المعيب بكون العين قائمة، أى غير متغيرة ولوصفة، وإذا كان حدوث العيب مانعا من الرد، بل قد تقدم احتمال توقف حقيقة رد العين عليه، وكذا يسقطه مطلق التصرف وإن لم يكن مغيرا لو كان بعد حصول سبب الخيار

وعلى كل حال فلا ينبغي التامل فى ثبوت الأرض هنا مع حصول المانع من الرد، وإن استشكل فيه فى التحرير، إلا أنه فى غير محله، ضرورة عدم نقصان هذه العيوب عن غيرها بالنسبة إلى ذلك؛ وعدم التعرض له فى نصوص المقام إكتفاء بما تضمنته من بيان زيادة هذا العيوب على غيرها بالرد بها لو حدثت فى ضمن سنة، فالثابت لما عداها ثابت لها بطريق أولى. نعم قد يستشكل فى الأرض إذا حدثت هذه العيوب فى المملوك فى ضمن السنة، لكن بعد انتقاله إلى غيره على وجه لا يرد بها عليه، لظهور المراد فى نصوص المقام كون المملوك باقيا على الملك، مضافا إلى الإقتصار فيما خالف الأصل على المتيقن.

لكن الأقوى ثبوت الأرض أيضا، والرد فى النصوص محمول على ما إذا كان باقيا على الملك، وأولى من ذلك ما إذا كان انتقالها بوجه يرد بها عليه، وأولى منه لوردت فعلا بها عليه، فظهر أن المتجدد حينئذ مساوات هذه العيوب لغيرها فى ذلك كله، ومنه يعلم أن الرد بها وإن اشترط بحصوله فى السنة، إلا أنه لا يتقيد بها كما هو مقتضى إطلاق الأدلة؛ بل قيل ان خبر على بن اسباط (١) "صريح فيه، ولا ينافية

ذيله بعد أن كانت الغاية فيه للإحداث لا إلى الرد ، فيكون المراد من قوله فيه بعد السنة أن له الرد مع حدوثها في السنة ، من حال حدوثها إلى ما بعد السنة ، لا أن المراد اشتراط الرد بمابعدھا ، ثم إن الظاهر إرادة مقدار سنة مبدأها يوم الشراء ، لأن المراد تمام تلك السنة التي مبدأها المحرم حتى أنه لو وقع الشراء مثلاً في ذى الحجة كان العهدة من هذه العيوب تمامه . لأن به تتم السنة ، وإن أو هم بعضها . نعم قد يظهر منها اعتبارها هلالية لا عددية ؛ وإن وقع الشراء في المنكسر والله أعلم

﴿ الفصل السادس ﴾

﴿ في المراجعة والمواضعة والتولية ﴾ التي هي بجميعها قسيمة للمساومة لما قيل : من أن البائع ، إما أن يخبر برأس ماله أولاً ، والثاني المساومة الأول المراجعة إن باع بربح والمواضعة إن باع بنقص ، والتولية إن انتفيا معاً فالمرابعة حينئذ كفا في القواعد البيع مع الإخبار برأس المال مع الزيادة عليه : ومنه يعلم تعريف البواقي ، وزاد أول الشهيدين «التشريك» وهو إعطاء بعض المبيع برأس ماله ، بأن يقول شركتك في هذا المتاع نصفه مثلاً بنصف ثمنه ، بعد العلم بقدره ، وتبعد ثابى الشهيدين بعد اعترافه بأنه لم يذكره كثير ، قال : وفي بعض الأخبار دلالة عليه

قلت : ومقتضاه عدم تصور المراجعة فيه : وهو التشريك بالربح ولا المواضعة ، وفيه نظر . وعلى تسليمه يمكن اندارجه في التولية ، بدعوى تعميمها حينئذ لجميع والبعض ، فتكون قسمة الاصحاب حينئذ بحالها ، قال : في التذكرة ولو كان المشتري قد اشترى شيئاً وأراد أن يشرك غيره فيه ليصير له بعضه بقسطه من الثمن جاز ، بالنظر البيع والتولية والمراجعة والمواضعة ثم إن نص " على المناصفة وغيرها فذاك ، وإن أطلق الاشتراك احتمل فساد العقد - للجعل بمقدار العوض ، كما لو قال : بعثك بمائة

ذهباً وفضة والصحة وتحمل على المناصفة كما لو أقر بشيء لائنين ، و للشافعية وجهان كهذين ، والاشترائك في البعض ، كالتولية في الجميع في الاحكام السابقة

لكن قد يقال : أن المراجعة مثلاً البيع بنفس رأس المال مع زيادة كذا قال العلا (١)
« قلت لابن عبد الله عليه السلام الرجل يريد أن يبيع البيع فقال : أبيعك بده دوازه فقال لا بأس ؛ انما هذه المراجعة فإذا جمع البيع جعله جملة واحدة » وظاهره حصرها في ذلك ، وهو لا يأتي في التشريك ، لأن القسط من الثمن ليس ثمناً ولذا لم تحصل المراجعة العرفية في أبعاض المبيع المعينة المقسط عليها الثمن كما ستعرف انشاء الله

وكذا الكلام في التولية والمواضعة نعم قد يقال : ينبغي إرادة القصد فيها مع ذلك ، بعدم جريان أحكام المراجعة على البيع بالزيادة مع قصد عدمها بل وبدون قصدتها ؛ إلا أنه لا يخلو من نظر ، فتأمل ولو اختلفا في القصد فالظاهر البطلان ، ولو ادعى المشتري إرادة المراجعة ، فأنكر البائع كان القول قوله بيمينه ، إذا لم يكن ظهور في اللفظ ، لأنه كدعوى الشرط على البائع حينئذ ؛ ولعل المفاعلة في المراجعة والمواضعة لتوقف العقد على الرضا والصفة من الجانبين ، فكان كلا منهما فاعل للربح وإن اختص بملكية أحدهما

وعلى كل حال ففي الدروس «قد يتفق المراجعة وقسيماها في مبيع واحد ، كما لو اشترى ثلاثة ثوباً بالسوية لكن ثمن أحدهم عشرون و الآخر خمسة عشر و الآخر عشرة ثم باعوه بعد الاخبار ، بخمسة وأربعين ، فهو مواضعة بالنسبة إلى الأول ، و تولية بالنسبة إلى الثاني ، ومراجعة بالنسبة إلى الثالث ، وكذا لو باعوه مساومة و لا يقسم على رأس المال ، هذا مع تعدد العقود ، ولو كان العقد واحداً بالخمسة والأربعين ، كان الثمن

مقسوماً على رأس المال ، و لو تشخص في العقد الواحد ثمن كل ثلاث فهو كالعقود المتعددة ، والظاهر أن مراده بقوله هذا إلى آخره . بالنسبة إلى الثلاثة الذين اشتروا الثوب بالسوية اذ القسمة على رأس المال متجهة فيهم لو كان المقد واحد ، أولم يذكر ثمن كل ثلاث ، ولو اشترى خمسة ثوباً بالسوية لكن ثمن نصيب أحدهم عشرون ، والآ خر خمسة عشر ، والثالث عشرة ، والرابع خمسة ، والخامس لم يتبين ، ثم باع من عدا الرابع تسعين ، بعد إخبارهم بالحال ، والرابع شرك في حصته فهو بالنسبة إلى الأول مواضعة ، وإلى الثاني تولية ، والثالث مراجعة ، والرابع تشريك ، والخامس مساومة ، واجتماع قسمين وثلاثة وأربعة منها على قياس ذلك ، إلا أنه ينبغي مراعاة القصد الذي ذكرناه .

﴿ وكيف كان ، في الكلام ﴾ في المراجعة و توابعها يقع في مقامين ، أحدهما ﴿ في العبارة ﴾ و ﴿ الثاني ﴾ في ﴿ الحكم ﴾ أما العبارة فإن يخبر برأس ماله ﴿ بما تسمعه من إحدى العبارات الآتية وشبهها إذا لم يكن المشتري عالماً ، وإلا كفى الإيتماد على علمه ، كما صرح به في التذكرة ، واحتمال وجوب الذكر تعبداً ليكون قائماً مقام ذكره في العقد بعيد ، فالأخبار في المتن وغيره محمول على الغالب من إحصار طريق معرفة المشتري فيه ، ثم ﴿ يقول ﴾ بعد الإخبار ﴿ بعثك أو ما جرى مجراه ﴾ مما تقدم في الصيغة ﴿ ببيع كذا ﴾ و جريان المراجعة ولو احقها في غير البيع من عقود المعاوضة كالصلح والإجارة لا يخلو من قوة ، بل صريح بعضهم جريانها في الإجارة ، بل السيرة القطعية على جريانها في المعاوضة ، على أن التحقيق كونها من الإجارة بعوض ، وحينئذ يكون ذكر المراجعة في البيع كذكر النقد والنسيئة ، لا لإرادة اختصاصها به ، هذا كله بالنسبة إلى نقل المال إلى المشتري .

أما إنتقاله إلى البائع فلا يعتبر فيه البيع قطعاً ، بل يكفي فيه الصلح ونحوه ، بل قد يقال : بكفاية جميع ما يقرم في تلك الحال ، كإحياء أرض ، أو معدن ، أو نحو

ذلك ، وقد أراد بيعها مرابحة ، جاعلاً ما غرمه على ذلك رأس مال مخبراً بتقوّم ونحوه فتأمل : ولا يتعين لفظ ربح ، بل يجري مجراه كل ما أفاد فائدته من لفظ الزيادة و غيرها ، نعم قد يفرق بينه وبينها بصراحته أو ظهوره في نفسه ، في إرادة عقد المrabحة بخلاف لفظ الزيادة فإنه يحتاج معه إلى ضم غيره معه في إرادة المrabحة ، للمعرفة من أعمية البيع بالزيادة منها ، ولعله على هذا ينزل خبر ميسريّاع الرطبي (١) الفارق فيه بين اللغظين ، فلاحظ وتأمل ، قال : «قلت : لابي عبدالله عليه السلام إنا نشترى المتاع نظرة ، فيجئني الرجل ، فيقول : بكم تقوّم عليك ؟ فأقول : بكذا وكذا ، فأبيعه بربح ، فقال : إذا بعته مرابحة ، كان له من النظرة مثل مالك قال : فاسترجعت ، وقلت : هلكنا ، فقال : هم قلت ؟ لأن ما في الأرض من ثوب أبيعه مرابحة ، يشتري مني ، ولو وضعت من رأس المال ، حتى أقول تقوم بكذا وكذا ، قال فلما رأى ما شقّ ، عليّ ، قال : أفلا أفتح لك باباً يكون لك فيه فرج منه ، قل : قام عليّ بكذا وأبيعك بزيادة كذا ولا تقل بربح » بل وخبر عبيد بن عبد ربه (٢) قال : «قدم متاع لأبي عبدالله عليه السلام من مصر ، فصنع طعاماً ودعى له التجار ، فقالوا : ناخذ به دوا زده ، فقال : لهم أبو عبدالله عليه السلام وكم يكون ذلك . فقالوا : في كل عشرة آلاف ألفين ، فقال أبيعكم هذا المتاع باثني عشر ألفاً ، فباعهم مساومة » الذي يكشف عن المراد ، بخبر محمد بن مسلم (٣) «قال أبو عبدالله عليه السلام : «إني أكره بيع عشرة بأحدى عشرة ، ولكن أبيعك بكذا وكذا مساومة ، وقال : أتاني متاع من مصر فكرهت أن أبيعته كذلك وعظم عليّ ، فبعته مساومة » بناء على أن المراد إضافة الزيادة مع الأصل ثم يبيعه مساومة ، ولا بد أن يكون رأس ماله معلوماً ، وقدر الربح معلوماً عندهما حال البيع ، بخلاف أجده فيه ، بل في التذكرة لو كان المشتري جاهلاً برأس المال بطل البيع إجماعاً ، وكذا لو كان البائع

(١) الوسائل الباب - ٢٥ - من أبواب أحكام العقود الحديث ١

(٢) (٣) الوسائل الباب - ١٢ - من أحكام العقود الحديث ٢٥١

جاهلا به والمشتري عالم به ، أو كانا جاهلين ، وعن المبسوط لو علما قدر رأس المال وجهلا الربح مثل أن يقول : رأس المال كذا ، والربح ما تتفق عليه بطل ، قلت : لا ريب في البطلان مع هذه الجهالة ، في رأس المال ، أو الربح ضرورة ، رجوعها إلى جهالة الثمن التي هي مانع من صحة البيع من أصله ، فضلا عن خصوص المراجعة منه ، والأول إلى العلم غير كاف فيه قطعا ، نعم في جامع المقاصد والمسالك «أن المراد بذلك وجوب علمهما حالة البيع ، فلا يكفي علم أحدهما ؛ ولا تجدد علمهما بعد العقد ، وإن اقتضاه الحساب المنضبط ، كما لو علما بالثمن وجهلا بربح كل عشرة درهما ، والحال أنهما لا يعلمان ما يتجصل من المجموع حالة البيع ، ولعله كذلك إذا فرض جهلها أو جهل أحدهما بمقدار الثمن عشرات مثلا ، أما إذا علماها إلا أنهما لم يستحضر المجموع ، فقد يقال : بصحته خصوصاً إذا لم يكن محتاجا إلى طول نظر ، لعدم الجهالة في مثله عرفاً فيتناوله العمومات ، بل قد تحتل الصحة في الأول أيضاً ، لانه وإن كان مجهول الجملة إلا أنه معلوم عند التفصيل .

قال : في المختلف «ولو أخبره برأس المال وزاد في كل عشرة درهماً ، ولم يعلم وقت العقد كمية الثمن احتمل البطلان ، للجهالة ، والصحة لا مكان العلم ، فإنه يستخرج بالحساب» و علل في التذكرة كراهة نسبة الربح إلى الثمن في المراجعة ، بأنه قد لا يعلم قدر الثمن في حالة العقد ؛ ويحتاج في معرفته إلى الحساب ، بل قد عرفت فيما سبق صحة بيع الصبرة كل قفيز بدرهم ، مع أنها مجهولة الجملة ، بل جواز الفاضل في القواعد ، بعتك هذه السلعة بأربعة إلاما يخص واحدا إذا علماها بالجبر والمقابلة ، كل ذلك مضافاً إلى إطلاق النصوص خصوصاً المتضمن منها جواز بيع ده بدوازه ، فالقول بالصحة حينئذ في صورتين خصوصاً الأولى لا يخلو من قوة .

نعم قد يقوى البطلان لو فرض عدم علمه بمسمى العشرة مثلاً إذ هو غرر محض ؛ و كونه عدداً مضبوطاً في نفسه وإن لم يعرف مصداقها غير مجد ، ولعل منه الشراء بوزن

بلد مخصوص لا يعلمه أو كيله ، ثم إن الظاهر كون المراد من العلم برأس المال الذى هو شرط فى الصحة ، عدم إناطة البيع به ، ثم البحث عنه بعد ذلك ، أما إذا لم يكن كذلك بنفرضنا له رأس مال وعيناله ربها صح مع تراضيهما ، كما أنه يصح لو اقتصر البائع على المتيقن من رأس المال . نعم قد يمنع صدق اسم المراجعة عليه مع أن فى ذلك بالنسبة إلى بعض الصور نظر ، فتأمل جيداً والله اعلم .

﴿و﴾ كذا ﴿لأبد من ذكر الصرف والوزن إن اختلفا﴾ مع الاختلاف لحصول الجهالة بدون ذلك إذا فرض تعدد النقود ، واختلف صرفها ووزنها ، بأن كان صرف بعض الدراهم عشرة دراهم ، وبعضها أكثر ، وكذا الوزن لو كان الثمن دراهم مثلاً مرفوعة بالوزن ، أو اتخذت القدر لم يفتقر ، كما صرح بذلك كله ، فى جامع المقاصد والمسالك ، وزاد فى الأول «يمكن أن يراد أنه يجب الجمع بين ذكر صرف الدراهم مع الوزن إن فرض الاختلاف ، بأن يكون صرف الدراهم المختلف وزن أنواعه واحداً ، فإن ذكر الصرف حينئذ لا يغنى عن ذكر الوزن» ، قلت : كما أنه لا يغنى ذكر الوزن للدراهم المختلف صرفها مع اتحاد وزنها ولو فى بلدين إذا كان الشراء فى ذات الصرف الزائد .

كما يؤمى إليه خبر اسماعيل بن عبد الخالق (١) «قال : قلت لأبى عبد الله عليه السلام إذا نبعث بالدراهم لها صرف إلى الأهواز ، فيشتري لنا بها المتاع ، ثم نلبث فأذا باعها وضع عليه صرفاً ، فأذا بعناه كان علينا أن نذكر له صرف الدراهم فى المراجعة و يجزينا عن ذلك؟ فقال : لا بل إذا كانت المراجعة فاخبره بذلك ، وإن كانت مساومة ، فلا بأس» وفى الوافى تحريماً عن ذلك بالمهملتين ، أى تعمدنا الاعراض عنه و طلبنا ما هو احرى ، وفيما حضرني من نسخة الوافى عن التهذيب ، روايته نحو ذلك لكن فيه بدل ثم نلبث ، فإذا باعه ثم يكتب روزنامته يوزع عليه صرف الدراهم فإذا بعناه فعلياً أن نذكر صرف الدراهم فى المراجعة ، و تجزينا عن ذلك ؟

(١) الوسائل الباب ٢٢ من أبواب أحكام العقود الحديث ١

قال: إذا كان مرا بحة فأخبره « إلى آخره و لعله أصح ، و الموجود في نسخة معتبرة من الكافي ، تجزينا » بالجيم و الزاء المعجمة « و كذا في نسخة معتبرة من التهذيب عنه ، لكن مع زيادة الواو في قوله تجزينا ؛ ولعل عدمها أولى ، وحينئذ يحتمل أن يكون ابتداء السؤال على جهة الاستفهام من قوله ، كان أو كونه تجزينا عن ذلك ، على معنى ؛ هل تجزينا عن غيره ؟ وهو الاقتصار على أصل الثمن ، إذا كان دوايق ، مثلاً ودفعنا عنه في تلك البلد دراهم ، لها صرف أي فضل عن الدراهم في بلد يبيع المرا بحة قال : لا يجزي إلا أن تخبره بالحال ، فإن الدراهم وإن لم تكن ثمننا لكن لما دفعت عنه صار كانه متشخص بها ؛ لان النقد يقوم بعضه مقام بعض فسي عرف التجار ، بخلاف العروض ، و يمكن أن يكون هذا من جملة المراد بقولهم يجب ذكر الصرف ، خصوصاً مع ملاحظة إرادة وجوب ذلك من حيث المرا بحة ، بخلاف ذكر الصرف في الدراهم المفروض اختلافه وكونها ثمناً ، فإن ذلك مانع من صحة البيع ولو مساومة ، للجهالة ، لامن حيث المرا بحة فتأمل جيداً بل لعل مراد من تعرض لا اعتبار ذكر الصرف الاشارة الى ما في الخبر المزبور .

أما الوزن فمع فرض اختلافه لا بد من ذكره ، إختلف الصرف أم اتحد لعدم إحصاء الفرض في الصرف ، إذ يكون المراد صوغه حلياً و نحوه مما للوزن فيه مدخلية . والله أعلم ﴿ و ﴾ كيف كان ف ﴿ إذا كان البايع لم يحدث في المبيع حدثاً ولا غيره ﴾ عما كان عليه عند البايع ، ولاحصل ذلك من غير المشتري ، بل كان المبيع على الحال التي انتقل اليه فيها ﴿ فالصارة عن الثمن أن يقول اشتريته بكذا أو رأس ماله كذا أو تقوم علي ، أو هو علي ﴾ أو نحو ذلك من العبارات المفيدة للمطلوب ، ﴿ وإن كان قد عمل فيه ما يقتضي الزيادة ﴾ في قيمته ﴿ قال : رأس ماله كذا ، وعملت فيه بكذا ﴾ ، ونحوه إشتريته أو تقوم علي أو هي علي ، ضرورة عدم الفرق هنا بين الجميع بصدان ذكر العمل بعبارة مستقلة .

نعم ظاهر المتن وغيره أنه ليس له تقويم عمله ، وضمه إلى رأس المال ويعتبر عنه باحدى العبارات المزبورة غير مخبر بحقيقة الحال و هو كذلك ، إذ لا ريب فى الكذب لو اعتبر بالأولين وكذا الآخرين ، ونحوه لو كان العامل غيره بلا أجرة ، كما أن ظاهر المتن جواز بيعه مرابحة مع ذكره العمل بكذا ، سواء كان أريد من قيمته أولاً ، بل هو صريح التذكرة ، وقد يشكل بخبر وجه عن وضع المرابحة الذى يعتبر فيه ذكر ما يغرمه البايع على المبيع من حيث التجارة و الفرض عدم الغرامة هنا ، ويدفع بمنع اعتبار الاقتصار على ذلك فيها ، لاطلاق الأدلة الذى لا ريب فى شموله للفرض الذى هو زيادة فى الربح فى الحقيقة عند التحليل ، وإن جعله صورة فى مقابل العمل ، كما هو واضح .

لكن قد يقال : شتت الخيار للمشتري لو أخطأ البايع أو كذب فى تقويم عمله ، إن أراد بقوله عملت فيه بكذا التقويم ، أما لو أراد الاقتراح فلاخبار ، ولو أطلق احتمال قويا تنزيله على الادل ﴿ و إن كان عمل فيه غيره بأجرة ﴾ مسماة ﴿ صح أن ﴾ يضمها إلى الثمن من غير إخبار ، لكن ﴿ يقول : تقوّم على أو هو على ﴾ ولا يجوز اشتريته ، أما رأس مالى فى الدروس والمختلف يجوز ، لأنه عبارة عما لزم عليه ، وعن المبسوط لا يجوز ، وتبعه فى التذكرة وجامع المقاصد ، و الظاهر إختلاف ذلك باختلاف الامكنة والازمنة ، ففى بعضها لا ينساق منه إلى الثمن ، وفى آخر يراد منه ما غرمه عليه ، ولو كان العمل بأعيان كالصبغ بأشياء اشتراها بثمن معلوم صح ضم ذلك إلى الثمن ، ولو لم يكن قد اشتراها ففى ضم قيمتها مع الاكتفاء بتقوم ، و هو على وجه ، والأولى ذكر ذلك للبائع .

و هكذا له مع التعبير بالمبارتين ضم جميع المؤن التى قصد بالتزامها عرفا الاسترباح من الدلالة ، وأجرة البيت والكيال والحارس والحمال و القصار والصباغ ، ولو كان قد غبن فيها لم يجب الإخبار بها ، بناء ، على عدم وجوب الاخبار به لو كان بالنسبة

إلى المبيع ، حتى مع علمه به وإقدامه عليه ، أمالو دفع عنها بعد اشتغال ذمته بأجرة المثل ما يزيد على ذلك سماحة ، أو لغرض من الأغراض ، وجب ذكر ذلك للبائع إذا لم يرد الاقتصار على أجرة المثل ، وإلا كان لضمها وإن أبرأه منها أو بعضها من كانت له ، ولعل منه مالو صالحه عنها بالأقل ، أما المؤن التى فيها بقاء الملك كنفقة العبد وكسوته وعلف الدابة ، ففى القواعد لا تدخل فى العبارتين ، ولعله لأن هذا الأمور من ضروريات بقائه ، وليست مقصودة لغرض الاسترباح ، ولأنها فى مقابلة خدمة العبد وركوب الدابة ، بخلاف نحو الأقمشة المذخورة للاسترباح فقط ، وقد يشكّل بأن جميع ذلك قد يلتزم إلا لغرض الاسترباح .

نعم ربما يفرق بين ما يمكن تحصيل مؤنه بالانتفاع بدوما لا يمكن قنعة الأولى مؤنة محضة لتحقيق ما يقابلها بخلاف الثانية ، وعلى كل حال فالظاهر إن هذا فى غير الزايد من العلف والنفقة التى لا يقصد بها إلا زيادة القيمة كالملف للسمن ، وزيادة ترفيه العبد بالمأكّل والملبس ، لزيادة قوته وبدنه ، فإن هذه كغيرها من مؤن الاسترباح ، لهضمها إلى الثمن مخبرا بالعبارتين ، بل لعل من ذلك أجرة الطبيب إن كان قد اشتراه مريضا ، لزيادة القيمة بزوال المرض ، ولو عرض المرض عنده فأجرة الطبيب كالثففة ، والمراد من عدم ضم مؤن البقاء إلى الثمن عدم الاكتفاء بالعبارة المزبورة مع ضمها ، أما لو صرح فلا يبعد الجواز ، لا تحلّاله إلى إرادة زيادة ربح ولا مانع منه ، لا أنه لا يجوز البيع مرابحة حينئذ ، لاعتبار الاقتصار على الزيادة على رأس المال وما يفرمه للاسترباح فيها ، إذ يمكن منع اعتبار ذلك فيها ، كما هو مقتضى إطلاق الأدلة ؛ ولو كان من جملة ثمن المبيع عمل قد استاجر عليه البائع غيره صح لهضم ما بذله من الأجرة إلى الثمن ، وقال أحد العبارتين ، ولو عمله هو فالأولى ذكر ذلك للمشتري بما يفرض له من القيمة ، حتى لو كان العمل معروف القيمة ، لعدم صدق إحدى العبارات الأربع على ما يشمله من دون ذكره .

نعم قد يقوى عدم انحصار الأمر فيها ، فإذا عبّر عن الثمن بما يشمله صح

﴿ولو اشترى بثلثين﴾ معيها ﴿ورجع بأرض عييه أسقط قدر الارش و أخبر بالباقي ، بأن يقول رأس مالي فيه كذا﴾ أو تقوم عليّ أو هو عليّ ، ولا يقول اشتريت به أى الباقي للكذب ، إذا المراد بهما وقع فى العقد ، وليس هو الباقي .

نعم لا يبعد عدم جريان تسلط المشتري مرابحة على الخيار بنحو هذا الكذب ، كما أن المتجه تسلطه عليه أو باعه مرابحة مخبر بالثلثين الذى وقع فى العقد ، ولم يذكر ما رجع إليه من الارش ، وإن كان صادقاً بقوله إشتريته بكذا ، إلا أنه لما كان ظاهره فى دفع ما اشترى به ، وأنه لم يرجع إليه منه شيء و الفرض أنه ليس كذلك ، إتجه تسلطه على الخيار حتى لو أسقط الارش عن البايع بعد أن يثبت استحقاقه له ، بل لا يبعد ذلك أيضاً لو أسقطه قبل تعيينه له ، كما فى حال التخخير بينه وبين الرد ، بل لعله كذلك لو أسقط الخيار الذى هو أحد فريده ، بل لو صالح البايع المشتري عليه بما هو أنقص منه لو رجع به نفسه ، أمكن القول بوجوب ذكره ، وهذا وقديقال بعدم . جوب الاسقاط عليه اذا لم يرجع وان كان مستحقاً بل لعله هو ظاهر التقييد بالرجوع فى المتن ؛ وكأنه لعدم كون الارش مالا يثبت فى الذمة ، وإن كان لصاحبه الرجوع به لو اراده ، فمع اسقاطه يسقط الحق ، لأنه إبراء ، و حينئذ فيتحقق صدق تقوم . و عليّ ، واشتريته بكذا فتأمل ، ولو فرض كونه بزائد لم يجب حط الزيادة من الثمن فى وجه قوي ، كما أنه يقوى فيما لو صالحه عنه بشيء مع الجهل بقدر التفاوت . إسقاط المصالح به من الثمن والإخبار بالباقي ، و لو لم يتمكن المشتري من إثبات سبق العيب احتمل الإخبار بماعدا الأرض فى الواقع ، وبالجميع ، لانه هو الثمن ؛ ولم يعد إليه شيء ولو ضلح عن إسقاط الدعوى به ، أمكن احتساب ثمن الصلح خاصة من الثمن ، من ذلك كله ينقدح الوجه فى كثير من الفروع المتصورة فى المقام .

﴿و﴾ على كل حاله ﴿لو جنى العبد ففداه السيد لم يجزله أن يضم الفدية إلى ثمنه﴾ مخبراً بأحدى العبارات السابقة بلا خلاف بيننا ولا إشكال ، لانه غرامة

متجددة لمدخلية لها في تقويمه، نعم لا يبعد جواز ضمها مع التصريح بالحوال والبيع مرابحة، فيكون مرجعه إلى زيادة الربح، ^١ ويمنع صدق المrabحة عليه لامكان دعوى الاستفادة من النص والفتوى أنها تؤدي بالعبارات المزبورة، بل ربما كان ذكرهم لها للإشارة إلى أن الميزان في تحققها صدق إخذتها، في الفدية ونحوها مما لا تندرج فيها، ضرورة عدم كونها من مؤن الاتجار، فاذا ذكرها وأراد مع ذلك البيع مرabحة لم يترتب عليها حكمها، مع فرض أن فيها أحكاماً خاصة وإن كان البيع صحيحاً في نفسه، وصورته صورة المrabحة، وكذا الكلام في نظائر المسألة ^٢ ولو جني عليه فاخذ؛ انرش الجناية لم يضعها من الثمن، وكذا لو حصل منه فائدة كنتاج الدابة وثمرة الشجرة ^٣ وغيرها من النماذج التي لا مدخلية لها في ثمن المبيع بلا خلاف ولا اشكال.

نعم لو تعيب شيء من ذلك وجب الاخبار به كما هو واضح، ^٤ و ^٥ كيف كان ^٦ يكره نسبة الربح إلى ^٧ أجزاء رأس ^٨ المال ^٩ وفاقا للمشهور بل عن التذكرة نسبته إلى علمائنا، بل عن الخلاف الاجماع عليه، بأن يقول بعتك بمائة وبيع كل عشرة، درهم، ولو قال بعتك بمائة وعشرة، أو وبيع عشرة لم يكن مكروها، وعلى كل حال فلا حرمة ولا بطلان للأصل؛ والإطلاقات سيما إطلاق نصوص المrabحة كخبر على بن سعيد (١) «سأل عن رجل يمتاع ثوبا فطلب منه مرabحة ترى في بيع المrabحة بأساً إذا صدق في المrabحة، وسمى ربحاً دانقين أو نصف درهم؟ قال: لا بأس» خلافا للمحكي عن المقنعة والنهاية والمراسم والتقني والقاضي ففي الاولين لا يجوز، وفي الثالث لا يصح، ولم أجد لهم دليلاً صالحاً لذلك عدا الصحيح (٢) «الرجل يريد أن يبيع البيع فيقول أبيعك بده وازده أو ده يازده فقال: لا بأس به، إنما هذه المراضة فإذا

١- الوسائل الباب ١٢ من ابواب احكام العقود الحديث ١

٢- الوسائل الباب ١٤ من ابواب احكام العقود الحديث ٥-

جمع البيع جعله جملة واحدة» لظهوره في وجوب الجمع المزبور، بأن يقول : بعثك هذه السلعة بدوازه أو يازده نحو ما فعله مولانا الباقر عليه السلام فيما روى عنه الصادق عليه السلام في الصحيح (١) قال: قدم متاع لابي من مصر فصنع طعاماً ودعى له التجار فقالوا نأخذك منك بده دوازه فقال عليه السلام و كم يكون ذلك فقالوا في كل عشرة آلاف ألفين فقال : إني أبيعكم هذا المتاع باثني عشر ألفاً ، « بل عدوله عليه السلام عن إجراء الصيغة بنحو ما ذكره إلى ما ذكره ، ظاهر في المنع.

وفيه أن الصحيح محتمل لإرادة التخلص عن الكراهة، على أن الخصم لا يقول بوجوب الجمع جملة واحدة ، فإنه لا بأس كما عرفت ، بافتراس المال عن الربح من دون ملاحظة النسبة ؛ فلا بد حينئذ من إرادة الرجحان منه ، ويرتفع الاستدلال في وجهه، وفعل الباقر عليه السلام يمكن أن يكون فراراً من أصل المراجعة إلى المساومة التي هي أفضل، كما يؤمى إليه تنمة الصحيح المزبور على ما عن الكافي (٢) « فقال ، لهم إني أبيعكم هذا المتاع باثني عشر ألف درهم فباعهم مساومة » بل في الصحيح أو الموثق كالصحيح (٣) « إني أكره بيع عشرة باحدى عشرة وعشرة باثني عشر أو نحو ذلك من البيع ، ولكن أبيعك بكذا وكذا مساومة » ما يقضى بكراهة المراجعة مطلقاً وإن لم أجد قائل به.

نعم في الرياض « قد ذكر بعض الأجلة أن الظاهر من المعتبرة هنا كراهة المراجعة وأولوية المساومة لا الكراهة ، في موضوع المسألة ، قال : وهو كذلك لولا المخالفة لفهم الطائفة، وعلى كل حال فلا دلالة في عدوله عليه السلام على الحرمة قطعاً ، فيبقى حينئذ ما دل على الجواز بلا معارض ، مضافاً إلى الصحيح أو الموثق المزبور، المشتغل على لفظ الكراهة؛ وعمومه لغير موضوع المسألة لوقلنا باختصاصه بها غير قادح ، كما أن احتمال إرادة الحرمة من لفظ الكراهة بناء على عدم تعارفها في الصدر الأول بالمعنى المصطلح - يدفعه بعد التسليم - ترجيح إرادته هنا بالشهرة ، والاجماع المحكي وغيرهما ، وكذا الكلام في الخبر الآخر (٤) أكره بيع ده يازده وده دوازه ، ولكن أبيعك بكذا وكذا وكيف

(١) الوسائل الباب ١٣ من أبواب أحكام العقود الحديث ١ -

(٢-٣-٤) الوسائل الباب ١٢ من أبواب أحكام العقود الحديث ١-٢-٢

كان فلا ريب في عدم الحرمة والبطالان ، كما أنه لا ريب في الكراهة بعد التسامح ^{بها} للاجماع المحكي وغيره ، إن قصرناها على خصوص موضوع المسألة ، وإلا فمطلق للخبرين السابقين ، والله اعلم . هذا وربما جعل مدار الكراهة على نسبة الربح للمال في مقابلة نسبته إلى السلعة على معنى عدمها لو قال بعثك بكذا مع ربح للمبيع ده دوازه ولكن الاصل بالنصوص ما ذكرناه والله اعلم . هذا كله في العبارة .

﴿ وأما الحكم فففيه مسائل ﴾

فقد تقدم البحث في ﴿ الأولى ﴾ منها وهي ﴿ من باع غيره متاعاً جازاً أن يشتريه منه بزيادة أو نقيصة حالاً ومؤجلاً بعد قبضه ، ويكره قبل قبضه إذا كان مما يكال أو يوزن على الاظهر ﴾ ، وكان المصنف أعادها كالفاضل في القواعد ، لبناء ما بعدهما عليها ، إلا أنه كما ترى ، لا مدخلة لها فيه أصلاً ﴿ ولو كان شرط في حال البيع أن يبيعه لم يجز ﴾ كما سمعت الكلام فيه مفصلاً ﴿ وإن كان ذلك من قصدهما ولم يشترطه لفظاً كره ﴾ كما في القواعد والتحرير والإرشاد والتذكرة ؛ وإن قلنا أن الشرط المضمّر كالوجود إلا أنه يمكن تخصيص ذلك بالجائز منه ، لكن فيه منع واضح ، ضرورة إتحداهما في المقتضى ، فينتج حينئذ بطلان العقد مع قصدهما الاشتراط ، وبناءهما العقد عليه ؛ وإن لم يذكر اه لفظاً بناء على فساد العقد بفساد الشرط .

نعم لو لم يكن قصد الاشتراط بل عزم على التعاكس واستوثق أحدهما من الآخر صحّ على كراهة عند بعضهم ، وإن كان الدليل عليها لولا التسامح لا يخلو من إشكال ، والأمور سهل ، بعد أن كان الحكم الصحة ، ولا يرد أن مخالفة القصد للفظ تقتضي بطلان العقد ، لأن العقود تتبع القصد ، لأن من المعلوم عدم اعتبار مثل هذا العزم في العقد ، ضرورة كون العزم فعله خارج العقد ، لكن في المسالك « وأجيب بأن القصد وإن كان معتبراً في الصحة فلا يعتبر في البطلان ؛ لتوقف البطلان على اللفظ

والقصد، وكذلك الصحة ولم توجد في الفرض « وهو كما ترى غير مستقيم ، بل ليس له محصل يعتد به ، و التحقيق ما سمعت ، و اعل في عبارة المجيب سقطا قبل قوله لتوقف البطلان ، وهو بخلاف المقام ، وحينئذ يكون الفرق بين اعتبار القصد في صحة العقود الذي يكفي في البطلان عدمه ، كما في الناييم وغيره ، بخلاف المقام ، وهو الشرط المعتبر في شرطية القصد و اللفظ سواء كان صحيحاً أو مبطلاً للعقد ، فإن شرطية متوقفة على ذلك ، ومنه يظهر عدم توجه ما أورده في المسالك عليه ، فلاحظ وتأمل .

﴿ إذا عرفت هذا فلو باع غلامه ﴾ الحر ﴿ سلعة ثم اشتراها منه بزيادة جاز أن يخبر بالثمن الثاني إذا لم يكن شرط إعادته ﴾ من غير تقييد لها بالبيع ﴿ ولو شرط ﴾ هافباعها منه بزيادة للاخبار بها ﴿ لم يجز ﴾ قطعاً بل لا خلاف أجده فيه ﴿ لأنه خيانة ﴾ عرفاً ، إذا المشتري لم يترك المماكسة ، إلا اعتماداً على مماكسته لنفسه ، وثوقاً باستقصائه في النقيصة لنفسه ، فكان ذلك خيانة ؛ بل لا يبعد ذلك أيضاً وإن لم يشترطه ، بل كان القصد الشراء بالزيادة للاخبار بها وفاقاً للشهيدين والعلمين على ما حكى عن بعضهم إذ هو غش وخديعة وتدليس وخيانة عرفاً ، والصدق في قوله إشتريت قد لاينا في ذلك ؛ بل قد يدعى انصراف الشراء في الفرض إلى غير ذلك .

وفي المسالك « إن قوله ولو شرط لم يجز لأنه خيانة يقتضي التحريم مع عدم الشرط ، إذا كان قصدهما ذلك ؛ لتحقيق الخيانة ، ومجرد عدم لزوم بيعه عليه على تقدير عدم شرطه لا يرفع الخيانة مع اتفاقهما عليها بل ينبغي فرض التحريم في صورة عدم شرط الاعادة ، لأن التحريم لا يتحقق إلا مع صحة البيع ، ليتمكن فرض الزيادة ، و مع شرط الاعادة يقع البيع باطلا ، كما سلف عن قريب ، فلا يتحقق الزيادة ولا التحريم » قلت : قد يدفعه ما سمعته منافي تفسير العبارة ، ولا حاجة إلى قوله في الجواب عنه و ، يمكن أن يقال بالتحريم وإن قلنا بفساد العقد نظر إلى قصد الفرور والسعي إلى تحصيل المحرم ، كما يقال في النجش والربا أنه حرام ، يفسد العقد مع أنه قد يخدش بأن المراد

لم يجز الاخبار بالثمن الثانى ، ومع فرض كون البيع فاسداً بالشرط لاثمن حتى يخبر عنه فتأمل جيداً. هذا كله مع قصد الحيلة بالشراء بالزيادة ، فلو اشتراه منه ابتداء من غير مواطاة جاز ، ولا فرق فى تحريم الحيلة بين الغلام والولد والأجنبى والله اعلم .

المسألة ﴿ الثانية لو باع مزابحة فبان رأس ماله أقل ﴾ بالاقرار أو البينة صح البيع بلا خلاف على الظاهر ، للأصل والإطلاقات ، ضرورة أولويته من تخلف الوصف والشرط والجمله ، بل الظاهر ذلك إن لم يكن لرأس مال أصلاً ، فضلاً عن كونه أقل نعم لا أجل الكذب فى الاخبار ﴿ كان المشتري بالخيار بين رده وأخذه بالثمن ﴾ المسمى فى العقد ، ولا تعليق للرضا والقصد ولا الصحة على الصدق فى الاخبار قطعاً بل هو أشبه شىء بالداعى إلى قصداً انتفاعاً عليه ، بل لولا الإجماع على الخيار فى الظاهر هنا لمامكن المناقشة فيه كما فى غير المقام مما كان الداعى فيه الكذب بنحو ذلك ، مما لا يرجع إلى العيب ولا إلى التدليس الذى هو بمعنى كتمان صفة وإظهار أحسن منها ، ودعوى أن المراد عندهم بالتدليس ما يشمل المقام لو سلمت لا تجدى ، لعدم تعليق الخيار عليه فى شىء من النصوص كي يدور الحكم عليه ، بل داليله فحوى نصوص التصرية ونحوها ، وأما خبر الضرر (١) وقاعدة رجوع المقرّر على من غره ، ونحوه فمع احتياج ثبوت الخيار به أيضاً إلى الإيجاب ، قد يمنع تناوله للمقام ، باعتبار ظهور قاعدة الغرور فى الضمان ، وخبر الضرر فى العقد الضررى ، لافى مثل المقام الذى ضرره نشأ من اعتماده على خبره ، ولا يبعد ثبوت الخيار فى الكذب بكل ما يختلف الثمن به ؛ بل الظاهر ثبوته بعدم الاخبار بما يختلف الثمن به فضلاً عن الكذب لما عرفت .

وعلى كل حال فما عن الاردبيلي من التأمل فى الصحة فى غير محله ، كما أن

التامل في ثبوت الخيار له كذلك أيضا ، وكذا الكلام لوبان غلطه في الاخبار ، إلا أنه لا إثم عليه ، وقد ظهر لك مما ذكرنا أن الخيار في مفروض المسألة للاجماع ، وإلا فليس حو مندرجاً في أحد الخيارات السابقة ، مع فرض عدم إتحاد بيع المراجعة لصورة تحلف الوصف أو الشرط ، ودعوى أنها لا تكون إلا كذلك ممنوعة ، فإنه يمكن فرضها مجردة عن ذلك ، وإن كان الساعي للمشتري إخبار البائع برأس المال مع إرادة ربح كذا حينئذ يكون هذا الداعي من بين ادعائي مسلطاً على الخيار ، للاجماع ونحوه ، * وقيل * والقائل أبو علي فيما حكى عنه والشيخان المشتري * ياخذ * أي المبيع * باسقاط الزيادة * من الثمن مع ربحها ، إلا أن المحكي من خلاف الشيخ في مبسوطه وخلافه النص على ذلك في صورة الغلط ، ولعله لا فرق بينها وبين الكذب ، كما أنه لا فرق في ثبوت ذلك بين الإقرار والبيئة ، لكن في محكي المبسوط أنه قيل : إن بان ذلك أي الغلط بقول البائع لزم المشتري الثمن باسقاط الزيادة وربحها ، وإن قامت به البيئة كان المشتري بالخيار .

وكيف كان فلا دليل على شيء من ذلك إذ البيع إنما هو برأس المال الذي أخبر به ، لا بما هو في نفس الامر ، ومنه يعلم الاستدلال على التفصيل بأنه إن أقر كان مأمونا بخلاف ما إذا قامت به البيئة ، فلا ريب في أن الترجيح لما ذكرنا ، خصوصاً بعد عدم ما يصلح ملازماً للثمن الناقص ، إذ العقد الواقع إن كان صحيحاً لزم ما فيه وإلا بطل . طلقاً ، وعلى كل حال فلا خيار للبائع عندنا كما عن التحرير ، للأصل وقد يحتمل للضرر في بعض الأحوال ؛ كما أن الظاهر عدم الخيار للمشتري على قول المبسوط ، لارتفاع مقتضية باسقاط الزيادة مع ربحها ، ولأنه رضى بالاكتر فبالأقل أولى لكن احتمل في مسالك ثبوته لهايضاً بالخيانة ، ولأنه قديكون لغرض بالشراء بهذا الثمن لا بربح قسم أو إققاد وصية وهو كما ترى ، نعم يمكن أن يكون ذلك مؤيداً للمختار ضرورة عدم ارتفاع الضرر الناشئ عن الكذب حينئذ باسقاطه الزيادة فتأمل ،

جيداً، هذا وفي القواعد وهل يسقط الخيار بالتلف فيه نظر، وعن المبسوط اسقاطه به و بالتصريف، وعن الشهيد أنه حكاه عن ابن المتبج، لأن الرذائبة تحقق مع ققاء العين، ولحصول الضرر على البائع بالانتقال الى البدل قهراً لكن قوى ثانی المحققين والشهيدین عدم السقوط لحصول المقتضي واقتفاء المانع، إذ ليس الآلتلف ولا يصلح للممانعة، اذ مع الفسخ يثبت المثل أو القيمة. ولعموم المغرور يرجع على من غره، والكذب في الاخبار مقتض للخيار ولم يثبت اشتراطه بالعلم بذلك قبل تلف المبيع، فمع التلف وانتقاله عن ملكه انتقالاً لازماً أو وجود مانع من رده كالاستيلاء، يرد على البائع مثله أو قيمته، وما خذوه الثمن أو عوضه مع فقده، وقد تقدم في خيار الغبن وغيره ماله ففع في المقام فلا حظ و تأمل، ﴿ولو قال﴾ البائع بعد البيع ﴿اشتريته باكثر لم يقبل منه﴾ إذا لم يعلم صدقه ﴿ولو أقام بينة﴾ لأنه قد كذب بهما باقراره ﴿و﴾ حينئذ ﴿لا يتوجه﴾ له ﴿على المبتاع يمين﴾ لعدم سماع دعواه بعدم عارضة اقراره السابق لها ﴿الأن يدعى عليه العلم﴾ فتقبل حينئذ بينته ويتوجه له عليه اليمين على عدم العلم لعدم منافاة اقراره السابق لها، بل لورده اليمين عليه كان له الحلف، سواء قلنا ان اليمين المردودة كالبينة أو كالأقرار من المنكر، لانهما معاً هنا مسموعان اما الثاني فواضح، واما الاول فلما عرفت من أن دعواه العلم لاتنا في كذبه باقراره السابق، واولي من ذلك لو قلنا انها أصل براسه، فماعتن بعضهم من ان في رد المشتري اليمين على البائع هنا وجهين يلتفتان الى انها كالبينه، أو كإقرار المنكر، فعلى الثاني ترد و على الأول لا ترد لا يخلو من نظر، بل قد يناقش في اطلاق عدم سماع بينته في الاول ايضاً اذا أظهر لاقراره الاول تاويلاً محتملاً، مثل أن يقول ما كنت اشتريته بل اشتراه وكيلي واخبرني أن الثمن مائة فإن خلافه؛ او ورد على كتابه فبان مزوراً أو كنت راجعت جريدتي ففلطت من متاع الى غيره .

ضرورة رجحان البينة حينئذ على الاقرار الاول بعد فرض ذكر التاويل المزبور

له ولعله لذا قيد السماع بذلك جماعة منهم الفاضل في جملة من كتبه، والمحقق الثاني وغيرهم، بل قد يقال يرجحانها أيضاً وأن لم يذكر التأويل المزبور بل احتماله له - فاف - في مرجوحيته بالنسبة إلى البينة، لقوة البينة وانها بمنزلة العلم بخطئه فلا يصلح الاقرار السابق لمعارضتها بعد تعقيبه بما يقضى بخطئه فتأمل جيداً.

ومن ههنا بان لك أن ما عن المسوط من قوة عدم سماع البينة وان ذكر تأويلاً محتملاً لا يخلو من نظر، كما أن اطلاق المصنف والفاضل في بعض كتبه عدم السماع لذلك وكيف كان فاذا علم غلطه بأي طريق كان له الخيار بين الفسخ والامضاء بالمسمى، وربما تخرج على قول الشيخ اسافة الريادة مع ربحها، ولو كان قد تبين كذبه وأنه تعمد إلى ذكر النقصان فلا يبعد عدم الخيار له لانه هو الذي قد ضيع ماله فتأمل جيداً

هذا وفي التحرير في نحو مفروض المسألة تخيير المشتري بين الاخذ بالزيادة على إشكال والفسخ، ولو قيل أن الزيادة لا تلحق بالعقد فتخير البائع كان وجهاً؛ وهل يلزمه مع القبول نصيب الزيادة من الربح الوجه ذلك اذا نسب الربح إلى الثمن، مثل أن يقول بربح كل عشرة درهم، ولو قال بربح عشرة لا غير لم يثبت، ولو اخذها بالزائد ونصيبه من الربح لم يكن للبائع خيار، وكذا لو اسقط الزيادة عن المشتري انتهى، وفيه نظر من وجوه والله اعلم.

المسألة الثالثة اذا حط البائع بعض الثمن جاز للمشتري ان يخبر بالاصل لعدم الخيانة فيه اذا كان ذلك تفضلاً منه. لا لدعوى عيب او غبن أو نحوهما، من غير فرق في ذلك بين كونه في زمن الخيار وعدمه. للصدق في الاخبار على الحالين ﴿وقيل﴾ والقائل الشيخ في المحكي عن مبسوطه وابن زهرة في ظاهر الفنية أو صريحها ﴿اذا كان﴾ الحط قبل لزوم العقد صححت ﴿الحطية﴾ وألحق بالثمن واخبر بما بقي وان كان بعد لزومه كانت هبة مجددة وجاز الاخبار باصل الثمن ﴿قيل﴾ وكانه مبني على ان المبيع انما ينتقل باقتضاء مدة الخيار وفيه أنه لا مداخلية لذلك اذ الثمن ما وقع عليه العقد ولا اثر لوقت انتقال الملك، بل الظاهر عدم الفرق في الاخبار بين رأس مالي أو اشترت أوقاف علي أو هو علي أو نحو

ذلك نعم ليس لدأن يقول أديت أو نحوه وربما احتمل ذلك أيضاً في قام على ونحوه والله اعلم.
المسئلة ﴿الرابعة من اشترى أمتعة صفقة لم يجز بيع بعضها مراًجة﴾ بل ومواضعة وتولية
﴿تمالك أو اخلفت وسواء قوّمها أو بسط الثمن عليها بالسوية﴾ بالانقويم ﴿و﴾ سواء ﴿باع﴾
﴿خيارها﴾ بالاقبل أو لا ﴿الابعد أن يخبر بذلك وكذا﴾ في عدم الجواز ﴿لو اشترى دابة﴾
﴿مثلاً﴾ حاملاً فولدت وأراد بيعها منفردة عن الولد ﴿كل ذلك على المشهور بشهرة عظيمة كادت﴾
تكون اجماعاً، بل عن الخلاف الاجماع عليه بل يمكن تحصيله في مختلفه بل وفي غيرها إذ لم
يحك الخلاف فيها الا من الاسكافي والقاضي فيجوز زاه فيما لا تفاضل فيه كالمعدود المتساوي
وهما غير قادحين في الاجماع، بمعنى القطع بالحكم المخالف لما ذكره اخصوصاً بعد تفاوت
القيم والاعراض وكون التوزيع لثمن خرس وتخمين يتطرق اليه الخطأ غالباً وخصوصاً بعد
أن سأل ابو حمزة أبا جعفر عليه السلام (١) «عن الرجل يشتري المتاع جميعاً بالثمن ثم يتقوم كل
ثوب بما يسوى حتى يقع على رأس المال جميعاً أبيعهم مراًجة فقال له: لا حتى يبين له أنه إنما
قوّمه» ونحوه صحيح محمد بن مسلم (٢) عن أحدهما عليه السلام

نعم ظاهرهما جواز البيع مراًجة اذا اخبر بذلك كما هو مقتضى قبله في المتن
الابعد أن يخبر بذلك، بل واكثر عبارات الاصحاب، بل زاد في التذكرة بعد أن حكى خلاف
الشافعي فسي انه يجوز البيع مراًجة بالتقسيت وإن لم يخبر به، قال: اما لو اخبر بالحال
فقال اشتريت المجموع بكذا، وقوّمته مع نفسي فاصاب هذه القطعة من الثمن كذا فانه
يجوز اجماعاً لكن عن ابن ادريس انه حكى الاستثناء المزبور الظاهر في جواز البيع
مراًجة بعد الاخبار، واعترضه بانه ليس يبيع المراًجة لان وضعه في الشرع ان يخبر
بالثمن الذي اشترى وهذا ليس كذلك.

ورده في المختلف «بان» هذه المنازعة لفظية كما قال في النافع انه لو اخبر جاز
لكن يخرج عن وضع المراًجة، وفي جامع المقاصد وللسالك وغيرهما ان اطلاق
المراًجة عليها مجاز للمشكلة في الصورة. قلت قد يناقش في ذلك بمنع حصر المراًجة

فيما لا يدخل فيه التقويم؛ ضرورة صدق اسم رأس المال والقيام عليه ونحوهما. نعم لا يصدق اشتريته ونحوه عليه، وقد تقدم صحة المراجعة فيما لو عمل فيه عمل قد ذكره بكذا وفيما لو رجع بارثر العيب، كما أن من الواضح صحتها فيما لو تلف بعض الصفقة قبل القبض، ورجع بحصته من الثمن ورضي بالبيع في الباقي، وفيما إذا ظهر مستحقا، وفي التذكرة «لو اشترى عبداً بثوب قيمته عشرين واراد بيعه مراجعة بلفظ الشراء أو بلفظ القيام، ذكر انه اشتراه بثوب قيمته كذا ولا يقتصر على ذكر القيمة، لان البائع بالثوب يشدد أكثر مما يشدد البائع بالنقد ولو كان قد اشترى الثوب بعشرين ثم اشترى به العبد، جاز أن يقول قام على عشرين ولا يقول اشتريته بعشرين، بل قال فيها ايضاً «لو انتقل اليه بغير عوض كالمهبة لم يجز بيعه مراجعة، سواء قوّمها بثمن مساو أو أزيد أو أنقص الا أن يبين الحال في ذلك، ولا يكفي بيان قدر القيمة من غير تعريف الحال» الى أن قال «ولو آجر داره بعبد أو نكحت المرأة رجلاً على عبد أو خالعت زوجته عليه، أو صالح عن الدم عليه لم يجز بيع العبد مراجعة بلفظ الشراء، ولو اخبر بالحال جاز بما قام عليّ و يذكر في الاجارة مثل اجرة مثل الدار، وفي النكاح والخلع مهر المثل، وفي الصلح عن الدم الدية ومقتضاه التوسعة في المراجعة بازيد من محل البحث وإن كان لا يخلو من نظر.

وفي القواعد لو اشترى يائوب بعشرين ثم اشترى أحدهما نصيب صاحبه باحد عشر اخبر باحد وعشرين» قلت مع أن نصيبه كان بعشرة بالتقسيط الى غير ذلك مما لا إشكال في جواز البيع مراجعة مع التقويم والتقسيط، ومنه مالهو تعدد المشتري والمبيع واتحد الثمن، بل في جملة من النصوص ظهور إن لم يكن تصريح بجواز البيع مراجعة مع التقويم، مضافا الى النصوص السابقة، وكيف كان فحيث لا تجوز المراجعة لو باعاً بقصدها ولو للجهل منهما أو من أحدهما، أمكن القول بالصحة بيعاً للأصل، وخروج وصف المراجعة عن حقيقة البيع، وقد يحتمل البطلان لانها صنف خاص منه، ولتبعية العقود للقصور،

فلو صح غيرها وقع مالم يقصد، وما قصد لم يقع، والأول أقوى. وربما يشهد لهما سمعته هنامن الجواز ممن عرفت لو اخبر بالحال وان لم يكن مرابحة مما ظاهره ذلك، وإن قصد المتعاملان المرابحة ولو للجهل منهما بموضوعهما، بل منه يظهر الوجه فيما ذكرناه سابقاً من ثبوت الخيار لو كذب البائع في رأس المال إذا لم يكن له رأس مال بل كان موروثاً أو متبهاً، ضرورة امتنائه على صحة البيع، وربما انقذ منه ثبوت الخيار في كل ما فعل بعنوان المرابحة فبان عدم موضوعها، إذ لعل له غرضاً بذلك كوفاء نذراً أو إقذاً وصية ونحو ذلك فتأمل جيداً والله أعلم.

المسألة (الخامسة: اذا قوم) التاجر (على الدلال متاعاً وبيع عليه أولم يربح ولم يواجه البيع لم يجز للدلال بيعه مرابحة) على ما قوم عليه بلا خلاف أجده فيه، لأن الغرض عدم الشراء، ولما رواه في الكافي عن الكناني والفقير عنه وعن سماعة والتهذيب عن الكناني وعمر بن عيسى عن سماعة (١) عن أبي عبد الله (عليه السلام) في الرجل يحمل المتاع لاهل السوق وقد قوموا عليه قيمة فيقولون بيع فما ازددت فلك؟ قال: لا بأس بذلك، ولكن لا يبيعهم مرابحة (٢) ونحو ذلك صحيح زرارة (٣) الاتي، وحينئذ فان فعل كان آتياً، بل يمكن فساد بيعه (٤) الابدال اخبار بالصورة (٥) قبل البيع، فإنه يصح بعد حينئذ وإن لم يكن مرابحة حقيقة، لعدم الشراء من البائع، إلا أنها بصورة المرابحة، لكن لا بعد جربان الخيار فيها لو فرض كذب الدلال فيما ذكره من التقويم الذي هو بمنزلة رأس المال، لفحوى ما عرفت (٦) وعلى كل حال (٧) لا يجب على التاجر الوفاء (٨) لو قال له بعه بذلك والزائد لك، للأصل اذ ليس هو إلا وعداً، ولا يجب الوفاء به، ضرورة فساد كونه إجارة وجعالة للجهالة، وعدم ملك الزيادة حال القول، ولأنها يبيع الدلال انتقلت إلى التاجر باعتبار كونها عوض ملكه، ولا مقتضى للانتقال عنه إلا القول الأول الذي لم يثبت كونه ناقلاً لمثلها، كما أنه لم يثبت كونه مقتضياً لانتقالها إلى الدلال من أول الأمر بل الثابت من قاعدة تبعية ملك الثمن للمثمن خلافه، فلا شيء حينئذ للدلال (٩) بل الربح (١٠) جميعه (١١) له (١٢) أي

(١) الوسائل الباب ١٠ - من ابواب احكام العيوب الحديث ٣ -

(٢) الوسائل الباب ١٠ من ابواب احكام العقود الحديث ٢ - لكن ليس فيه ولكن لا يبيعهم مرابحة

التاجر ﴿و﴾ لكن ﴿للدلال أجره المثل﴾ لا احترام عليه ﴿سواء كان التاجر دعاه﴾ إلى البيع المزبور ﴿أو الدلال ابتداه﴾ لا شراكتها في جميع ما ذكرنا كما هو واضح لكن في المقنعة «وإذا قوم على الوساطة المتاع بدراهم معلومة، ثم قال له: بعه بما تيسر لك فوق هذه القيمة وهو لك، والقيمة لي جاز، ولم يكن بين التاجر والوساطة بيع مقطوع فان باعه بدونها، كان عليه تمام القيمة لصاحبه وان لم يبعه كان لردده ولم يكن للتاجر الامتناع من قبوله، ولو هلك المتاع في يد الواسطة، من غير تفریط له فيه كان من مال التاجر ولم يكن على الواسطة فيه ضمان، فان قبض الواسطة من التاجر المتاع على ما وصفنا، لم يجز ان يبيعه مرابحة ولا يذكر الفضل على القيمة في الشراء.

وإذا قال الواسطة للتاجر خبّرني بثمان هذا المتاع واربح علي فيه شيئاً لا يبيعه ففعل التاجر ذلك وباعه الواسطة بزيادة على رأس المال و الربح كان ذلك للتاجر دون الواسطة، إلا أن يضمنه الواسطة ويوجبه على نفسه، فان فعل ذلك جاز له اخذ الفضل على الربح، ولم يكن للتاجر إلا ما تقرر بينه وبينه فيه، ونحو ذلك في النهاية إلا أنه قال: «في الصورة الثانية للدلال أجره المثل لأكثر من ذلك» وكان نظرها إلى الخبر المزبور، وصحيح محمد بن مسلم (١) المروي عن الكافي والتهذيب عن الصادق عليه السلام أنه قال في رجل قال لرجل: بعلني ثوباً لي بعشرة فما فضل فهو لك ابس به باس» وصحيح زرارة (٢) المروي عن الكتب الثلاثة قلت لأبي عبد الله عليه السلام ما تقول في رجل يعطي المتاع فيقول: ما زدني علي كذا وكذا فهو لك؟ فقال: لا باس بذلك، ولكن لا يبيعه مرابحة» وموثقته (٣) عن أبي جعفر عليه السلام سأله من الرجل يعطي المتاع فيقال له ما زدني علي كذا وكذا فهو لك قال لا باس، لكن عن ابن ادریس بعد أن حكى ذلك عن الشيخ قال: إنه غير واضح وأنه لا يستقيم على أصول مذهبنا، إذ هو ليس بيع مرابحة ولا إجارة ولا جمالة محققة» إلى أن قال: «وإنما أورد أخبار الواحد في هذا الكتاب إيراداً لا اعتقاداً على ما وردت به الفاظها صحيحة كانت أو

فاسدة على ما ذكره واعتذر بدفي خطبة مبسوطه، وردده في المختلف بأن كلام الشيخ محمول على الجعالة على التقدير الأول، لكن يبقى الاشكال في الجعالة إذا انضمت عوضاً مجهولاً، ويحتمل أن يقال هنا بالصحة، لانا إنما منعنا جهالة مال الجعالة لادائه إلى التنازع وهو منتف هنا، إذا بواسطة إن زاد في الثمن مهما كانت الزيادة له، وإلا فلا شيء له، لأنهما إنما تراضيا على ذلك، بخلاف الجعالة المجهولة المؤدية إلى التنازع، وهذا القول لا باس به عملاً بالأحاديث الصحيحة، أم الصورة الثانية، فإنه لا جعالة هناك فلهذا أوجبنا على التاجر أجره المثل، وتبعد في الدروس قال بعد أن حكى عن الشيخين أن الزيادة للدلال إذا قوم التاجر عليه : «ولو بدء الدلال بطلب التقيوم، فله الأجرة لا غير، وسوى الحليون بين الأمرين ففى الأجرة، والأول أثبت، لأنه جعالة مشروعة، وجهالة العوض غير ضائرة، لعدم إفضائه إلى التنازع، وروى ابن راشد (١) «فى من اشترى جوارى وجعل للبايع نصف ربحها بعد تقويمها أنه يجوز، فإن أحبل المالك أحدهما سقط حق البايع»

ونحوه فى جامع المقاصد إلا أنه زيد فيه «عدم شيء للدلال على التاجر إذا لم يشترط له شيئاً فينبغى أن لا يكون له أجره المثل أيضاً لمثل ذلك» ثم قال «إن ظاهر العبارة قد يشعر بتخييل فرق بين أن يبتدأ الدلال التاجر، وإن يبتدىء التاجر الدلال، وبه صرح فى الدروس وهو غير واضح، فإن الابتداء وعدمه مع حصول التراضى سواء فى الحكم، فإن من قال لمن ذهب عبده أرد عبدك، على أن لي نصفه ابتداء منه، فقال مولى العبد نعم لك ذلك. يستحق ما عين له، وإن جوزنا كون العوض مجهولاً، وأجرة المثل إن لم نجوزه فلا يقتصران.

والظاهر أن الشيخ إنما حكم بعدم شيء فى الثانية، لأن التاجر لم يلتزم بشيء أصلاً، ولا يستحق الدلال أجره عليه، والروايات لادلالة فيها على الفرق بين الابتداء أولاً والرضا آخر، والذي يقتضيه النظر أنهما إذا تراضيا على ذلك سواء تقدم بالقول الدلال أم التاجر، إذا وقع ما يدل على الرضا من الآخر فإنه يكون جعالة، فيصح ولو أبطلنا أوجبنا أجره المثل فى الموضعين، ولو أن التاجر لم يصرح بشيء لم يكن للدلال شيء إلا أن يأمره

بذلك ويكون له العادة على مثل هذا اجرة».

وتعنه في كثير من ذلك في المسالك، وفي الجميع ما عرفت من عدم صحة الجعالة فضلا عن الاجارة. لعدم شمول الربح للمالك حين الجعل، والمضاربة شرعت لدليلها، مع أن العامل يملك جزاء، من المال بظهور الربح فيه، بل لو جاز في الجعالة بحوزة ذلك لكانت المضاربة قسماً منها على أنه ليس في الجعالة عموم يشمل الفرض بناء على أنها ليس من العقود كي تندرج في عمومها؛ إذا قلنا أنها عبارة عن الإيجاب والقبول، لما استعرفه في محله إنشاء الله من قوة القول بأن الجعالة من قسم الإيقاع، والمتيقن مما جاء فيها كتاباً كون الجعل مملوكاً ذمة أو خارجاً، بل هو المناسب لإنشاء تملكه، وإن كان لا يملك إلا بعد تمام العمل، وحينئذ فلا فرق في عدم جواز الربح جعلاً بين كونه لعمل آخر كر دعبد ونحوه وبين كونه لذلك العمل نفسه كما لو قال بالزيادة ^{بعله} وهي لك وغير ذلك

وما تسمعه إنشاء الله في باب الجعالة من التوسعة فيها أتمها في امر آخر لا ما يشمل المقام فلا حظ وتأمل بل الالتزام بضمون النصوص المزبورة وإن كان مخالفاً للقواعد أولى من ذلك وينبغي حينئذ الجمود على ما فيها من ابتداء التاجر الدلال أما العكس فلا دلالة في النصوص حينئذ؛ فيبقى على القواعد من استحقاق اجرة المثل ولعله لذلك فرق الشيخان فيهما وإن أبست من ذلك فحمل النصوص حينئذ وكلام الشيخين على توكيل التاجر الدلال على قبول المتاع بما فرضه من القيمة على نفسه عند اعادة البيع فيكون بيع المتاع حينئذ له والزيادة له أولى، فهو أشبه بشيء بقول المالك أذنت لك ببيع مالي لك وعليك قيمته فإذا باعه تعلقت قيمته، في ذمته بل في عبارتي المقنعة والنهاية ما يشهد له.

ولا فرق في ذلك بين ابتداء التاجر بذلك أو الدلال، وليس في كلام الشيخين ظهور في الفرق المزبور الذي لا يكاد يحصل له وجه معتد به كما أوضحه فيما سمعته من جامع المقاصد. نعم الظاهر أن منشاء الفرق فيما ذكره من صورتين عدم تعرض الدلال والتاجر للزيادة، وإنما طلب الدلال الأخبار بالثمن ومقدار الربح كي إذا باعه به فصاعداً يستحق

أجرة عمله، ولا يكون للتاجر طريق عليه بانك لم تبعه على ما أريد. ومن هنا صرح الشيخ في هذه الصورة بالرجوع بأجرة المثل كما سمعت، وبذلك يظهر لك وجه النظر فيما سمعته من جامع المقاصد وبعض من تأخر عنه، كما أنه لا يخفى عليك مما ذكرنا أن الأقوى ما ذكره المصنف والفاضل في جملة من كتبه من وجوب أجرة المثل في: مفروض المسألة لما عرفت من بطلان ذلك إجارة وجعالة، والنصوص وإن كثرت وصح جملة منها وتعاضدت إلا أن أعراض المعظم عنها مع ذكرهم لها يذهب الوثوق بها والعمل بها يظن أنها جعلالة ليس عملاً بها حقيقة، بل هو توهم أن مفروضها كذلك، وقد عرفت فساد، بل لعل الشيخين بعد ما عرفت من عدم فرقهما بين ابتداء التاجر والدلال لذلك أيضاً، بل هي أجمع غير صريحة في لزوم ذلك، بل ولا ظاهرة ظهوراً يعتد به، إذ من المحتمل كون المراد نفى الباس عما وقع بينهما مستمر أعلي التراضي منهما، نحو نفى الباس في صحيح عبد الرحمن (١) «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن السمسار يشتري بالأجر فنُدفع إليه الورق ونشترط عليه إنك إن تاتي بما تشتري فما شئت أخذته، وما شئت تركته، فيذهب ويشتري ويأني بالمتاع فيقول خذ ما رضيت، ودع ما كرهت فقال: لا بأس» والله العالم.

﴿وأما التولية﴾

التي قد تضمنتها جملة من النصوص كصحيح منصور بن حازم (٢) وخير على بن جعفر (٣) وخبر معاوية بن وهب (٤) وخبر سماعة (٥) وخبر أبي بصير (٦) وغيرها

(١) الوسائل الباب ٢٥ من أبواب أحكام العقود الحديث ٢-

(٢) الوسائل الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود الحديث ١-١٢

(٣) الوسائل الباب ١٦ من أبواب أحكام العقود الحديث ٩-١١-١٥-١٦

وكثير من عبارات الأصحاب كالشيخ وغيره ، ﴿فهي أن يعطيه المتاع برأس ماله من غير زيادة﴾ وقد يقوى جريان جميع ماسمعه في المراجعة مما يدخل قيمته في رأس المال من الأعمال وغيرها ، لكن في التذكرة «لابد من كون الثمن مثلياً لياخذ المولي» مثل ما بذله ، فلو اشتراه بعرض لم تجز التولية ، مع أنه ؛ قد ذكر جواز نحو ذلك في المراجعة ، وفيه أنه لا ريب في جوازه إذا انتقل ذلك العرض الى من يراد توليته كما أن يقوى جوازا بقيمة العرض بعد الإخبار بذلك ؛ نحو ماسمعه في المراجعة ؛ واحتمال الفرق بينهما بدخول التقويم في الجملة في المراجعة بخلافها باعتبار ظهور مادتها في إرادة العقد ، بمعنى إعطاء البيع بنفس ما وقع في ذلك العقد ممنوع وإلا لجرى مثله في المراجعة والمواضعة .

وعلى كل حال ﴿فيقول﴾ إذا أراد عقدها ﴿وليتك أو بعثك أو ما شاكله من الألفاظ الدالة على النقل﴾ الذي هو بيع . نعم في جامع المقاصد والمسالك «إنه إن كان العقد بغير لفظ وليتك وجب ذكر الثمن ، وإن كان بهالم يحتج ، كما أنه فيها وفي غيرها أنه يجعل مفعوله المقدر لو كان اللفظ وليتك .

ولذا قال في الدروس والمسالك : «إنه يحتمل الاجزاء لوقال وليتك السلعة» قلت : لعل الاستغناء عن الثمن فيما سمعته لصراحة لفظ التولية في البيع برأس المال ، فيغني ذكره قبل العقد عنه فيه ، بل أصل المعنى في وليتك العقد إعطاء السابق ، بمعنى تمليك المولى البيع بما ملكه المولي في العقد السابق ، لكن لا يبعد الاجتزاء بجعل المفعول السلعة ، بل في كثير من نصوصها وقعت مفعولا للتولية ، وإن لم تكن في صورة العقد ، بل لإشعار في شيء من النصوص بجعل المفعول العقد ، فجعل المفعول السلعة إن لم يكن أولى من كون المفعول العقد في الاستغناء عن الثمن ، فلا ريب في مساواته له ، بل لا يبعد الاستغناء عنه لوقال بعثك السلعة تولية ، بل قد يظهر من القواعد والتذكرة وغيرهما الاجتزاء بلفظ بعثك مع قصد التولية ، وإن لم يذكر لفظها ، كما أن ظاهرهما الاجتزاء بهما وإن لم يذكر لهما مفعولاً من السلعة والعقد ، إكتفاء بما قدمناه على العقد ، وكل ذلك غير بعيد .

إنما الكلام في أصل العقد بهذا اللفظ أي التولية ، ولا يبعد جوازه لاندراجة في عموم الآية (١) بعد أن ذكر جماعة من الاصحاب العقديين ، بل ذلك قرينة إلى إرادة العقد بهذا اللفظ في النصوص المشتملة عليها ، لأن المراد البيع برأس المال الواقع بألفاظه الخاصة ؛ ولا يشكل ذلك بعدم جواز العقد بلفظ المراجعة والوضعية ، للفرق بذكر بعض الاصحاب العقد باللفظ الاول دونهما ، وبناء على أن المراد في الآية العقود المتداولة لطريق إلى معرفة ذلك إلا ذكر الاصحاب ، مضافا إلى أن التولية ليس إلا البيع برأس المال ، بخلاف المراجعة والمواضعة التي لهما أفراد متعددة ، لتعدد أفراد الربح والنقصان ، وإلى أن كلامنا لفظهما دلالة في أصله على النقل ، بخلاف التولية التي من مشتقاتها الولي بمعنى المالك المتصرف ، وهي بمعنى الإعطاء ، ونحوه مما يناسب إرادة النقل ، فتأمل جيدا .

وكيف كان فهي بيع يلحقها أحكامه من الشفعة والقدرة على التسليم وغيرهما ، كما أنه يلحقها الخيار المزبور في المراجعة ، لو كذب برأس المال على ما صرح به في التذكرة ، لاتخاذ الطريق ، والزوائد المنفصلة قبل التولية للموли وبعدها للموли ، بالفتح خلافاً لأحد قولي الشافعية والحط من الثمن بعد التولية وقبلها للموли بالكسر ، وفي القواعد «لرباع تولية فحط البايع الأول عنه البعض فله الجميع ، وإن كان الحط قبل التولية فله الباقي إن كان بما أدى» وهو جيد إن صدق عليها اسم التولية التي هي كما عرفت البيع برأس المال ، ولاريب في أنه الجميع ، ولا ينافيه الحط إذ هو إبراء وحينئذ فالبيع بما أدى وضعية لا تولية ، والمراد بالبيع بما أدى الإخبار بمقداره قبل ؛ ثم البيع به ، لأنه يناط البيع به ثم يعلم بعد ذلك ، ضرورة كونه حينئذ مجهولاً فيفسد كما يفسد البيع بذلك ، والله أعلم .

﴿واما المراضعة﴾

﴿فانها مفاعلة من الوضع﴾ بمعنى الحط إذ هي النقصان قدراً من رأس المال ؛ ولاريب في جوازها إذ هي كالمرا بحة ، إلا أنه قيل بكر اهة النسبة إلى رأس المال ، نحو ما سمعته في المراهبة ، والتسامح فيها يقضي بالتسامح في البحث عنها ، والأمر سهل ، وحينئذ ﴿فإن ذا قال بعتك بمائة ووضيعة درهم من كل عشرة فالثمن تسعون﴾ إذ لاريب في ظهور العبارة في أن الموضوع بعض كل عشرة ، لأن المراد به معنى الوضع لكل عشرة ، حتى يكون الموضوع خارجاً عنها ، كما لو عتبر بهذه العبارة التي لاريب في ظهورها في كون الموضوع للعشرة غيرها ، ولذا لم يخالف فيه أحد ، فيكون الثمن أحد وتسعين الأجزاء من أحد عشر جزءاً من درهم ، وإلا لكان المتبجّه حينئذ عدم كون الثمن فيما أوقال : من كل أحد عشر درهماً ما ذكره المصنف وغيره ، بل لا خلاف أجده فيه من أنه أحد وتسعون الأجزاء من أحد عشر جزءاً ، ولاريب في أنه خلاف الظاهر ، ومحتاج إلى القرينة ، فاحتمال جماعة له كما قيل : إن أريد به بحيث يساوي ذلك له ، فهو كما ترى ، فضلاً عن دعوى ظهور العبارة فيه ، كما هو واضح ، وفي الدرس «ولو قال : بعتك بمائة ووضيعة درهم من كل عشرة ، فالثمن تسعون ، ولو قال لكل عشرة زائد عشرة أجزاء من أحد عشر جزءاً من درهم ، وضابطه إضافة الوضيعة إلى الأصل ، ونسبتها إلى المجموع ثم إسقاطها ، فالباقي الثمن . ولو قال وضيعة العشرة درهم ، إحتتمل الأمرين نظراً إلى معنى الإضافة من اللام ومن ، وإن أثبتنا الإضافة الظرفية ، فهي كالتبعية ، والشيخ طرد الحكم بالتأبط في وضع درهم من كل عشرة ، كانه يجعل من لا ابتداء الغاية ، ويجعل العشرة سالمة للبائع ، وكذا﴾ في كون الثمن تسعين ﴿لو قال﴾ بعتك بمائة ﴿بمواضعة العشرة﴾ درهم ؛

وفاقا للمحكى عن الشيخ لأن المنساق إلى الذهن كون الاضافة بمعنى من التبعية ،
فيساوى حينئذ بوضيعة درهم من كل عشرة .

لكن فى المسالك «تبعاً لما عن الميسية أن الاضافة بمعنى من ، لا تكون إلا فى من
البيانية لا التبعية ، نحو خاتم فضة ، وباب ساج ، وهو منتف هنا ، لا شرطاً بصحة
إطلاق المجرور بها على المبين ، كما فى قوله تعالى (١) «فاجتنبوا الرجز من الاوثان»
وقد صرح بذلك المحقق الرضى وابن هشام و تاهيك بهما ، و حينئذ فينتفى القول
بحمل الاضافة فى المسألة على معنى من رأساً ، لأن الموضوع المضاف بعض العشرة ولا يصح
الاخبار بها عنه فتعين كونها بمعنى اللام ، قلت : فيكون الثمن حينئذ أحد وتسعين إجزاء
من أحد عشر جزءاً نحو المثال الآتى وفيه مضافاً إلى ما سمعته من المناقشة فى المثال
المساوى له ، منع اعتبار ذلك فى الاضافة ؛ قال الزمخشري فيما حكى من كشفه فى تفسير
قوله تعالى (٢) «ومن الناس من يشتري لهو الحديث» أنه يجوز الاضافة بمعنى من التبعية
كما أنه قيل ومن الناس من يشتري بعض الحديث الذى هو اللهو منه .

وعن السيد الشريف أنه نص فى بيان معنى فاتحة الكتاب ؛ أن الاضافة بمعنى من
قد تكون فى من التبعية ، ونقله عن بعضهم وعن صاحب الكشف ، ومن ذلك ينقدح قوة جواز
الاضافة بمعنى التبعية الذى هو أعم من البيانية التى ذكرها ، وأنه لا يعتبر صحة الحمل
ولعل التبعية بالمعنى المزبور حاصل حتى فيما ذكره من المثالين ، خصوصاً وقد ذكر
هذا الاحتمال جماعة من المحققين ، كالشيخ و المصنف و الفاضل و الشهيد و فخر
الاسلام والمحقق الثانى وغيرهم ، حتى أن جماعة توقفوا فى الترجيح بينه وبين كون
الاضافة بمعنى اللام ، بل صرح بعضهم بالبطالان مع عدم القرينة لتكافؤ الاحتمالين ،
وكل ذلك دليل على صحته ، وإن كان الأقوى ترجيحه على اللام بالتبادر فى عرفنا الآن ،
وترجيح ذلك عليه بالقياس على المراجعة ؛ فإنه إذا قال : رأس مالى مثلاً عشرون ، و
بعثك برأس مالى مع مواضعة العشرة درهمين ونصف ، فلو فرض أن ذلك كان بصيغة

المرابحة صار المجتمع خمسة وعشرين، ونسبة الخمسة إليها الخمس، فينبغي سقوط الخمس من الثمن، لو كان بصيغة المواضعة وهو أربعة فيكون الثمن ستة عشر درهما، ليس بأولى من القول بملاحظة نسبة الوضعية إلى رأس المال، وأنه يسقط بقدرها، فيكون الثمن خمسة عشر، لأن نسبة الخمسة إلى العشرين الربع،

وحينئذ في المثال تنسب العشرة إلى المائة وتسقط من الثمن فيبقى تسعون، ضرورة أن نسبتها العشر، لأنه تنسب العشرة إلى القدر المجتمع منها ومن رأس المال، فيكون الساقط جزءاً من أحد عشر فتأمل جيداً ﴿ولو قال﴾: بعثك بمائة ووضعية درهم ﴿من كل أحد عشرة﴾، كان الثمن أحداً وتسعين إلا جزءاً من أحد عشر جزء من درهم ﴿بلا خلاف أجدّه فيه هنا﴾، لكن قد يشكّل بأن الظاهر الوضع لكل عشرة درهم، فبعد حذف التسعة عن المائة، لا ينبغي وضع شيء آخر عن الواحد، لعدم كونه عشرة، فيكون الثمن حينئذ أحداً وتسعين، مضافاً إلى أصالة عدم الوضع؛ فلو ادعى البائع هذا المعنى حمل عليه، ولو مات ولم يفسر حمل عليه أيضاً، أللهم إلا أن يقال: إن المراد الحط لكل عشرة أجزاء، جزء من خارج درهما كان أو عشرة، ملاحظة لجانب المشتري، لأن الأصل عدم الزيادة، ولعنه على ذلك مبنى كلام الأصحاب، ولا بأس به مع مساعدة العرف عليه، وأما التشريك فقد تقدّم سابقاً بعض الكلام فيه وفي الدروس هنا هو أن يجعل له فيه نصيباً برأس ماله، وهو بيع أيضاً ولو أنى بلفظ التشريك، فالظاهر الجواز. فيقول شركتك في هذا المتاع نصفه بنصف ثمنه، انتهى وفيما ذكره أخيراً بحث.

﴿الفصل السابع في الربا﴾

المحرّم كتاباً (١) وسنة (٢) وإجماعاً من المؤمنين بل المسلمين، بل لا يبعد كونه من ضروريات الدين، فيدخل مستحالة في سلك الكافرين، كما يؤمى إليه ما رواه

(١) سورة البقرة الآية ٢٧٤ وسورة آل عمران الآية ١٢٩

(٢) الوسائل الباب ١ - من أبواب الربا -

ابن بكير (١) «قال : إنه بلغ أباعده الله ﷺ عن رجل أنه كان يأكل الربا ويسميه اللبا، فقال لئن أمكنتني الله منه لأضربن عنقه » ونحوه غيره «والدرهم من الربا يمحق الدين ويورث الفقران تاب» (٢) «بل هو عند الله أشد من عشرين زنية» (٣) «بل ثلاثين» (٤) «بل سبعين كلها بذات محرم في بيت الله الحرام» (٥) «بل للربا سبعون باباً أهونها عند الله كالذي ينسج أمته في الكعبة» (٦) «ولذا كان أخبث المكاسب وشرها» (٧) ومن أكله ، إلاء الله بطنه من نار جهنم بقدر ما أكل» (٨) و من اكتسب منه مالا لم يقبل الله منه شيئا من عمله ، ولم يزل في عند الله والملائكة ما كان عنده قيراط واحد» (٩) «وقد رأى النبي ﷺ لما سرى به إلى السماء أقواماً يريد أحدهم أن يقوم ، فلا يقدر من عظم بطنه ، فسأل جبرئيل عنهم ، فقال له : هم الذين يأكلون الربا» (١٠) «فلعن الله آكله ومشتريه و بايعه و كاتبه وشاهديه والزائد والمستزيد في الناء» (١١)

لكن في الدروس ولواضطر الدافع ولا مندوحة فالأقرب ازئفاح الأءءءء في ءقه ، وهو ءءءء في بعض أفراء الضرورة . «ولنا ءرءه الله لئلا يءرك الناس فعل المعروف من القرض وغيره» (١٢) بل لئلا ءءءءا ءءءا (١٣) بل هو في ءوءءراء الدرهم بالدرهمين من السفه المفسء للمال كما أوهمي إليه الرضا ءءءا (١٤) في ءواب السؤل عن علءة ءءءءه «قال : لما فيه من فساد الأموال لأن الإنسان إذا اشءري الدرهم بالدرهمين كان ثمن الدرهم درهمين و ثمن الآخر باءلاً فبيع الربا وشرأؤه وكس على كل ءال ، على المشتري ، والبائع ، فءرم الله عز ءل على العبءاء الربا ، لعلءة فساد الأموال ، كما ءظر

(١) الوسائل الباب ٢- من ابواب الربا- ءءءء-١-

(٢) (٣) (٤) (٥) (٦) (٧) (٨) الوسائل الباب ١- من ابواب الربا ءءءء

٧-٦-٥-١-١٢- إلى ٢٣-

(٩) (١٠) الوسائل الباب ١- من ابواب الربا ءءءء ١٥-١٦-

(١١) الوسائل الباب ٤ من ابواب الربا ءءءء ١-٥-

(١٢) (١٣) (١٤) الوسائل الباب ١ من ابواب الربا ءءءء ٤-٨-١١-

على السفيه أن يدفع إليه ماله لما يتخوف عليه من فساد ، حتى يونس منه رشد ، فلهذه العلة حرم الله عز وجل الربا وبيع الربا ببيع الدرهم بالدرهمين .

ومنه كغيره يعلم أن ليس المراد من الربا المحرم مطلق الزيادة ، كما هو معناه لغة ؛ بل المراد به كما في المسالك وغيرها « بيع أحد المتماثلين المقدرين بالكيل أو الوزن في عهد صاحب الشرع عليه السلام أوفى العادة مع زيادة في أحدهما حقيقة أو حكما ، أو اقتراس أحدهما مع الزيادة ، وإن لم يكونا مقدرين بها إذا لم يكن باذل الزيادة حرييا ، ولم يكن المتعاقدان والدا مع ولده . ولا زوجا مع زوجته » وإن كان تعريفه بذلك لا يخلو من نظر ، من وجوه إلا أنه يسهل الخطب عدم إرادة تعريف الحقيقي ، بل قد يقال : إن المراد به شرعا المعنى اللغوي ؛ لكن في خصوص النسيئة والبيع أو مطلق المعاوضة ، بناء على تعميمه بالنشائط التي تسميها إنشاء الله ، وبيع الربا هو البيع المشتمل على الزيادة كما أومى إليه الرضا عليه السلام بما سمعت ، وعن حواشي الشهيد وآيات المقداد وجامع المقاصد أنه شرعا زيادة أحد العوضين إلى آخر ما سمعته من المسالك ، وعن فقه القرآن للراوذي أصل الربا الزيادة والربا هو الزيادة على رأس المال من جنسه أو مماثله إلى غير ذلك ، مما يرجع إلى ما ذكرنا من النصوص وغيرها ، فضلا عن التبادر .

ومن هنا ربما قيل بأن المتجّه بحسب القواعد صحة المعاملة المشتملة عليه ؛ و اختصاص الفساد بالزيادة ، لأنّها هي محل النهي فبيع المتماثلين حينئذ بالمثل كبيع ما يجوز بيعه ، وما لا يجوز بيعه ، في عقد واحد الذي يصح في الأول ، ويبطل في الثاني .

نعم لا يبعد التسلط على الخيار مع الجهل وحينئذ فلا بد من الاستدلال على الفساد بدليل خاص غير تحريم الربا لكن لا يخفى أن ظاهر الأصحاب بل وجملته من النصوص تحريم نفس المعاملة وما يحصل بها ، فما يأخذه من الغريم من رأس المال والزيادة حرام ، وكذا ما يعطيه ، وعن مجمع البيان معنى أحلّ الله البيع وحرم الربا : أحلّ البيع الذي لا ربا فيه ؛ وحرم البيع الذي فيه الربا ، فيمكن كون النهي هنا كالنهي عن بيع الملامسة و

المناينة مما لا إشكال عندنا في اقتضائه الفساد ، وأنه ليس كالنهي عن البيع وقت النداء أو يرجع إلى النهي عن نفس العوض والمعوّض عنه ، وهو لا يرب في إقتضائه الفساد . بل يمكن إستناد الفساد إلى قاعدة تبعية العقود ، للقصد ، ضرورة أن البائع أو المشتري إنما يبدل المثل في مقابلة المثلين ، فإن لم يتم له بطل القعد ، وليس هو كبيع الشاة والخنزير التي يبطل من الثمن ما قبلها ، فيبقى الآخر بما قبله منه ، لان البطلان في الزيادة هنا بالامقابل وهو أمر غير مقصود ، للمتعاملين ، فلو صح العقد وقع مالم يقصد ، وما قصد لم يقع كما هو واضح .

نعم قد يقال بصحة المعاملة إذا كانت الزيادة خارجة عن أحد العوضين ، كما إذا كانت شرطاً ونحوه بناء على أن بطلان الشرط لا يقضي ببطلان العقد ، مع احتمال القول بالفساد هنا ، وإن لم نقل به هناك ، لظهور النص والفتوى في أن الربا متى دخل المعاملة أفسدها على أي وجه كان دخوله ، فيختص النزاع السابق حينئذ بما إذا لم يكن فساد الشرط لانه ربا ، ومن هناك اشتراط الاجل في أخذ المتماثلين ربا ، وفي خبر خالد بن الحجاج (١) «سألته عن رجل كانت له مائة درهم عدد أقضائها مائة درهم وزنا ، قال : لا بأس مالم تشارط ؛ قال : وقال : جاء الربا من قبل الشرط . وإنما تفسده الشروط » فالأقوى البطلان حينئذ وإن كان الربا شرطاً ، ولا ينافي ذلك ما تسمعه إنشاء الله من النصوص والفتاوي في «جواب رد الزيادة في حالي العلم والجهل وعدمه ، كما استعرف .

وقد تلخص مما ذكرنا فساد المعاوضة الربوية على كل حال سواء قلنا بكون النهي عنها ، أو قلنا بأن النهي عن الزيادة ، وأما الاول فواضح ، وأما الثاني فلان المراد من النهي عن الزيادة معاملة المثل بالمثلين مثلاً ، وهي مباينة لمعاملة المثل بالمثل على وجه لا تتحقق الثانية في ضمن الاولى ، كي يكون النهي متعلقاً بالزيادة نحو شراء

(١) الوسائل الباب - ١٢ - من ابواب الصرف الحديث - ٦

الشاة والخزير، فإنهما معا يحصلان بعقد واحد؛ فيصح بالمحلل ويبطل بالمحرّم، وليس مانع في ذلك قطعا؛ ضرورة عدم حصول معاملة المثل بالمثل في ضمن معاملة المثل بالمثلين، مع زيادة لما عرفت من مباينتهما على وجه لا يجتمعان، فانه متى تحقق أحدهما خرج عن موضوع الآخر.

نعم لو فرض عقد واحد اشتمل على معاملة المثل بالمثل وعلى معاملة المثل بالمثلين أمكن حينئذ التزام كونه كالشاة والخزير وليس المقام من هذا القبيل قطعا؛ فليس حينئذ معاملة المثل بالمثلين الامن العنوان المحرم، لأنه اجتمع فيه المحلل والمحرّم وكيف يتصور اجتماعهما بعد اعتبار الشارع في المثل بالمثل عدم الزيادة فتأمل جيداً فانه دقيق نافع.

﴿و﴾ كيف كان في ﴿هو﴾ أي الربا ﴿يثبت في البيع﴾ بلا خلاف بين المسلمين بل هو كالضروري من الدين، لكن ﴿مع وصفين﴾ أحدهما إتحاد الثمن والمثل في ﴿الجنسية﴾ ﴿و﴾ الثاني كونهما مما يعتبران ﴿الكيل والوزن﴾ كذا ثبوته ﴿في القرض﴾ فيتحقق فيه ﴿مع اشتراط النفع﴾ بالعين أو الصفة من غير فرق فيه بين المكيل والموزون، وغيرهما فهو أعم موضوعاً من الاول فلا بد للفقهاء حينئذ من البحث في حكم كل منهما وشرائطه. ولذا قال المصنف ﴿أما الثاني﴾ أي ربا القرض ﴿فسيأتي﴾ البحث فيه، في بابه

﴿وأما الاول فيقف بيانه على أمور﴾ أربعة لكن ينبغي أن يعلم أولاً أن الظاهر ما صرح به المصنف في باب الغصب من ثبوت الريا في كل معاوضة، وفاقا للمحكي عن السيدو الشيخ والقاضي وابن المتوج وفخر المحققين والشهيدين وابن العباس والقطيفي والمليين والاردبيلي وغيرهم، بل نسبته الاخير في آيات أحكامه إلى الاكثر، لاطلاق ما دل على حرمة من الكتاب والسنة. ان هو الزيادة المتحقق

صدقها في البيع وغيره.

ودعوى - أنه البيع والقرض مع وصف الزيادة كما يؤمى إليه تعريف بعضهم له بذلك أو أنه الزيادة فيهما خاصة لغة أو شرعا - لاشهادها ، بل الشواهد جميعاً على خلافها حتى ماورد (١) في وجه تحريمه من تعطيل المعاش ، (٢) واصطناع الناس المعروف و نحوهما . بل و الصحاح المستفيضة التي سيمر عليك كثير منها ، كقول الصادق عليه السلام في صحيح أبي نصر (٣) « الحنطة و الشعير رأساً برأس لا يزداد واحد منهما على الآخر إلى أن قال : والدقيق بالحنطة والسويق بالدقيق مثلاً بمثل لأبأس به » وفي آخر (٤) كان علي عليه السلام « يكره أن يستبدل وسقا من تمر المدينة بوسقين من تمر خيبر ، ولم يكن علي عليه السلام يكره الحلال » وقال عبد الرحمن (٥) للصادق عليه السلام أيضاً « أيجوز قفيز من حنطة بقفيزين من شعير ؟ فقال : لا يجوز إلا مثلاً بمثل ، كقوله أيضاً في صحيح الحلبي (٦) « الفضة بالفضة مثلاً بمثل ليس فيها زيادة ولا نقصان الزائد والمستزید في النار » وسأل محمد أبا جعفر عليه السلام (٧) عن الرجل يدفع إلى الطحان الطعام فيقاطعه على أن يعطيه صاحبه لكل عشرة أرطال اثني عشر رطلاً دقيقاً فقال : لا قلت : الرجل يدفع السمسم إلى العصار ويضمن لكل صاع أرطالاً مسماة ، قال : لا ، بل قيل إنه صريح في المطلوب إلى غير ذلك من النصوص ، الظاهرة بسبب الإطلاق أو ترك الاستفصال في حصول الربا بالزيادة في مطلق المعاوضة ، المعتمدة مع ذلك كله بالاحتياط .

(٢٠١) الوسائل الباب ١ من أبواب الربا الحديث ٨-٣

(٣) الوسائل ذكر صدره في باب ٨ من أبواب الربا عن أبي بصير الحديث ٣ وذكر ذيله من

زرارة في باب ٩ الحديث ٢

(٤) الوسائل الباب ١٥ من أبواب الربا الحديث ١

(٥) الوسائل الباب ٨-٨ من أبواب الربا الحديث ٢-

(٦) الوسائل الباب ١ من أبواب الصرف الحديث ١-

(٧) الوسائل الباب ٩-٩ من أبواب الربا الحديث ٣-

خلافاً للحلي والفاضل فحَقَّاهُ بالبيع ، و القرض ، للاصل ، بعد دعوى أن الربا الزيادة فيهما ، أو أن المنساق من الأدلة ذلك ، سيما بعد أسالة البيع في المعاوضة ، ولو لانه الكثير الشايح ، فنصوص الاستدلال و نحوها تنصرف اليه ، و فيه ما عرفت ، وحينئذ فينقطع الأصل بما سمعته ، مؤيداً بالشهرة العظيمة ، بل قيل إن الفاضل قد رجع عنه في كتاب الصلح من القواعد ، فينحصر الخلاف حينئذ بالحلي ، واقتصار المصنف هنا على البيع مع تصريحه في القصب بالعموم ، لا يعد خلافًا لتعريف بعضهم له بذلك مع تصريحه في غير المقام بالتعميم ، الكاشف عن عدم إرادة الاختصاص بذلك ، و أنه ذكره لكون البيع محل البحث ، فتأمل جيداً ، والله أعلم

وكيف كان في ﴿الاول﴾ من الامور ﴿في بيان الجنس﴾ الذي قد عرفت إعتبار إتحاده في المنع من الربا كما ستعرف دليله ؛ نعم قد صرح غير واحد أن المراد به في النحر والفتوى الحقيقة النوعية المسماة في المنطق بالنوع ، وفي اللغة بالجنس ، لكن اعترف في جامع المقاصد بأن ذلك يعسر الوقوف عليه ، بل عن مجمع البرهان أنه متعسر ، بل قيل إنه متعذر ، و هو كذلك ، ضرورة صعوبة الوصول إلى معرفة الذاتيات ، بحيث يفرق فيها بين الجنس والنوع ، والصنف والفرد ، على وجه يطمئن به ﴿و﴾ لعله لذا جعل ﴿ضابطه﴾ في السرائر والتذكرة والتحرير والدروس واللمعة وغيرها ﴿كل شيئين﴾ مثلاً ﴿يتناولهما لفظ خاص كالحنطة﴾ مثلاً ﴿بمثلها والارز بمثلها﴾ ولعله لان الاتفاق في ذلك كاشف عن الاتحاد في الحقيقة النوعية . كما يؤمى اليه الجمع في المحكي عن الكفاية - بينهما ؛ فقال : إن المراد بالجنس الواحد الحقيقة النوعية ، وضابطه أن يتناول لهما لفظ خاص ، وكان وجه ذلك معلومية إرادة كون التناول للإشتراك في القدر المشترك بين الأفراد الذي لا قدر غيره أخص منه ، فلا أثر للتناول بالإشتراك اللفظي ، ولا للتناول بالإشتراك في الجنس الذي تحته قدر أخص منه ، لأفراد خاصة من ذلك الجنس ولا أقل من أن يكون ذلك قاعدة مطردة حتى يعلم خلافها ، كإيراد قاعدة إقتضاء إختلاف اللفظ الخاص إختلاف الحقيقة حتى يعلم ، فلا يرد

حينئذ تناول لفظ الطعام والحب ونحوهما مما هي أسماء أجناس تحتها أقدار مشتركة أخص منها ، كما لا يرد الإتحاد هنا في الشعير والحنطة مع اختلاف اللفظين ، مع إمكان التخلص عن الأخير بطريق آخر ، هو ما أشارت إليه النصوص ، من أن الاتحاد في باب الربا بينهما باعتبار كون الشعير من الحنطة ، وأنها هي أصله ، لا باعتبار اتحادهما في الحقيقة ، الآن ومثله حينئذ كاف في تحقق الربا ، وإن اختلفت الحقيقة ، و كان إطلاق الأصحاب في أول البحث الاكتفاء باتحاد الجنس ، مع جريان الربا في المختلف إذا كان أحدهما أصلاً والآخر فرعاً ، إتكالاً على ما يذكر أنه بعد ذلك ، أو يريدون إتحاد الجنس ولو بالأصل .

نعم الظاهر الاكتفاء بذلك إذا كانت الحقيقة الفرعية متخذة من ذلك الأصل لا غير كالشعير من الحنطة . و التمر من الطلع مثلاً ، فلا يرد حينئذ معلومية عدم الربا بين التمر والملح الذي يفرض استحالة ، لأن حقيقة الملح ليست متخذة منه ، بل هو إستحالة لخصوص فرد يتأمل جيداً . فانه دقيق نافع . وتسمع له فيما يأتي تمة انشاء الله .

وبذلك كله يظهر لك ارتفاع الاشكال عن المسألة وإن التبس الامر على بعض المحققين ؛ من متأخري المتأخرين ، ولو فرض حصول فرد شتبه بين كونه متحد الجنس ومختلفه ، فظاهر اعتبار الأصحاب اتحاد الجنس في الحرمة الحل لأن الشك في الشرط شك في المشروط ، والفرض كون المحرم مشروطاً دون الجائز الباقي على مقتضى العموم .

نعم قد يقال إن ظاهر النصوص الإشتراط في كل منهما ، لقوله فيما تسمع (١) «إذا اختلف الجنس أو الشيطان فبيعوا كيف شئتم» ونحوه غير ، وقوله (٢) «كل شيء عيكال أو يوزن فلا يصلح

(١) المستدرك ج ٢ ص ٢٨٠

(٢) الوسائل الباب ١٦ من ابواب الربا الحديث ٣

مثلين بمثل إذا كان من جنس واحد» فيكون كل من الجائز والمحرم مشروطاً بشرط ، فمع فرض الشك يتجدد الفساد ، لأصاله عدم ترتب الأثر ، وعدم النقل والانتقال ، و نصوص (١) «كل شيء يكون فيه حلال وحرام» في غير الفرض ، كما يشهد له إتفاقهم على عدم جريانها في المشتبهة من النساء بين الأجنبية والنسبية ، وليس إلا لا اشتراط كل من الحل والحرمه بشرط فرض الشك فيه ، فيبقى أصل عدم ترتب الأثر بحاله ، كبقاء مقتضى قاعدة المقدمة.

نعم قد يقال بالحلية في المشكوك في حصول سبب التحريم ، نحو ما أشارت إليه النصوص (٢) بأن جارية تحتك ولعلها اختك» وللسيرة والطريقة وغيرهما ، وبذلك ظهر لك أن مقتضى النصوص في المقام الفساد ، إلا أنه بملاحظة إقتصار الأصحاب الشرطية في المعرّم دون غيره ، يحكم بالحل في المشتبهة فتأمل جيداً .

و على كل حال ﴿ فيجوز بيع المتجانس ﴾ بمثله ﴿ وزنا بوزن نقدا ﴾ بلا خلاف ولا إشكال نصاً (٣) وفتوى عموماً ﴿ و ﴾ خصوصاً كما أنه ﴿ لا يجوز مع الزيادة ﴾ الجنسية لذلك . نعم في المسالك . «هذا إذا كان أصلهما الوزن ، أمّا لو كان أصلهما الكيل ففي الإكتفاء بتساويهما وزنا خاصة نظر ، من كون الوزن أضبط ، حتى قيل إنه أصل للكيل ، ومن ورود الشرع والعرف بالكيل ، فلا يعتبر بغيره ، وظاهر كلام المصنف إختيار الأول ، وهو متجه ، بل نقل بعضهم الإجماع على جواز بيع الحنطة والشعير وزنا مع الإجماع على كونهما مكيلين في عهده ﷺ قلت : ستسبع تحقيق المسألة في الفرع الأول والله أعلم .

﴿ و ﴾ أمّا إذا كانت الزيادة حكمية ، كالأجل فلا خلاف محقق معتد به في عدم الجواز ﴿ لا يجوز ﴾ حينئذ ﴿ إسلاف أحدهما في الآخر ﴾ ، لكن قال المصنف هنا ﴿ على الظاهر ﴾ ولعله أشار به إلى ما حكاه في المختلف عن الخلاف من كراهة بيع

(٢٠١) الوسائل الباب ٣ من أبواب ما يكتسب به الحديث ١-٢

(٣) الوسائل الباب ٨-٩ من أبواب الربا

المتجانسين متماثلان نسيئة ، والمبسوط من أن الاحوط أن يكون يدايد .
وفي الدروس «إنه أول كلامه، بإرادة التحريم لأن المسألة إجماعية ،» قنت :
لأنه نفسه منع من بيع الثياب بالثياب والحيوان بالحيوان نسيئة ، فضلا عما نحن فيه، فمثله
حينئذ لا يعد خلافا بعد الإجماع بقسميه ، وظهور النصوص في تحقق الربا بذلك ، بل
ستعرف القول بتحقيقه بذلك مع اختلاف الجنس ، فضلا عن متحده .

﴿و﴾ حيث يجوز بيع المتجانسين ﴿لا يشترط﴾ في صحته ﴿التقايض قبل
الفرق﴾ عندنا، كما عن التذكرة لا إطلاق الأدلة السالمة عن المعارض ، ضرورة عدم الربا
بعد أن كانا حالين، وإن قبض أحدهما وبقي الآخر فاليد باليد، إن كان في الأدلة يراد به نفي
النسيئة ، كما هو معلوم، ﴿إلا في الصرف﴾ فيجب التقايض فيه حتى مع اختلاف الجنس،
للأدلة التي تستمعها في محلها ، بلا خلاف أجده في شيء من ذلك ، إلا من ابن زهرة
في الغنية فأوجب التقايض قبل الافتراق في بيع المتجانسين ، وهو غريب ، لم أجده من
وافقه عليه .

وأغرب منه دعواه نفي الخلاف عنه في الظاهر، ﴿ولو اختلف الجنس﴾ في
الربويين ﴿جاز التماثل والتفاضل نقدا﴾ ، بلا خلاف كما اعترف به بعضهم ، بل الإجماع
بقسميه عليه ، للإطلاق والنهي (١) المجمع عليه كما في السرائر «إذا اختلف الجنس
فبيعوا كيف شئتم» وقول أبي جعفر عليه السلام في صحيح ابن مسلم (٢) «إذا اختلف الشيطان فلا
بأس به مثلين بمثل يدايد» كقول الصادق عليه السلام (٣) في موثق سماعة: «المختلف مثلان بمثل

(١) المستدرک ج ٢ ص ٢٨٠

(٢) الوسائل الباب ١٣ من أبواب الربا الحديث - ١

(٣) الوسائل الباب ١٣ من أبواب الربا الحديث - ٩

يدأبىدلا بأس به» وفي موثقه الآخر (١) «سألته عن الطعام والتمر والزبيب قال : لا يصلح منها إثنان بواحد إلا أن تصرفه إلى نوع آخر، فإذا صرفته فلا بأس به إثنين بواحد وأكثر من ذلك».

وفي صحيح الحلبي أحسنه عن الصادق عليه السلام (٢) «ويكره قفيز لوز بقفيزين ولكن صاع حنطة بصاعين من تمر أو بصاعين من زبيب» وسأله أيضا في صحيحه الآخر (٣) «عن الزيت بالسمن إثنين بواحد قال يدأبىدلا بأس به» وفي الموثق (٤) «كل شيء يكال أو يوزن فلا يصلح مثلين بمثل إذا كان من جنس واحد» وغير ذلك من النصوص مفهوما ومنطوقا بل إليه يؤمى نصوص الجواز فيما يعمل من جنسين المعلوم بناء الجواز بها على صرف كل إلى ما يخالفه كما هو واضح ، هذا كله في النقد.

﴿و﴾ أمّا ﴿في النسيئة﴾ فإن كان كل من العوضين من الأثمان فهو صرف لا تجوز فيه كما تعرفه في محله ، وإن كان أحدهما منها والآخر من العروض فلا خلاف أجده في جواز التماثل والتفاضل بل الإجماع بقسميه عليه ، إذهو إمّا نسيئة أو سلم ، وكل منهما مجمع على جوازه ، بل لعله من الضروريات المستغنى عن الاستناد إلى إطلاق الأدلة ونحوه ، وإن لم يكن كذلك بل كان عرضا بعرض ففيه ﴿تردد﴾ وخلاف فمن ابن أبي عقيل والجنيد والمفيد وسائر رواين البراج عدم الجواز ، والمشهور نقلا وتحصيلا بل لعل عليه عامة المتأخرين الجواز ،

﴿و﴾ لا ريب في أن ﴿الاحوط المنع﴾ وإن كان الأقوى خلافا ، لا إطلاق الأدلة الذي يقصر معارضه عن تقييده ، سنداً في البعض ، ودلالة في الجميع ، إذهو إمّا البأس في المفهوم الذي هو أعم من الحرمة ، كلفظ لا يصلح الذي ادعى ظهوره في الكراهة ، ولوللشبهة ، والتعبير بلفظها في مضمرة على ابن إبراهيم الطويل وغير ذلك ،

(١)(٢)(٣) الوسائل الباب ١٣ من ابواب الربا الحديث ٥٣٥ و٧٠٠ مع اختلاف يسير

(٣) الوسائل الباب ١٦ من ابواب الربا الحديث ٣

ولذا صرح بهانغير واحد من الأصحاب ، بل في الغنية الاجماع عليها ، وهو دليل آخر على المطلوب ، فلا استدلال بصحيح الحلبي عن الصادق عليه السلام (١) الذي رواه محمد بن سنان عنه أيضا «قال : ما كان من طعام مختلف أو متاع شيء من الأشياء متفاضل ، فلا بأس ببيعه مثلين بمثل يبدأ بيد ، فإما نظرة فلا يصلح».

ونحوه خبر زياد بن أبي غياث (٢) إلا أنه قال: «فأما النسيسة فلا يصلح» لا يخفى عليك ما فيه خصوصاً ، بعدم معلومية مادل على اعتبار اتحاد الجنس في تحقق الربا إن أريد بعدم الجواز هنا للربا ، كما هو الظاهر استبعاداً لأرادة التعبدية دون الربوية ، ولأنه الظاهر مما ذكر دلائلهم أيضا ، وهو الحديث المشهور (٣) ، «إنما الربا في النسيسة» الممنوع إرادة الشمول لما نحن فيه منه ، الموهون بمتروكية الحرف فيه ، على أن من المعلوم عدم إرادة مطلق الزيادة من الربا فيه ، بل المراد بالشرائط المعتمدة ، ومن جعلتها عند علماءنا كما في المختلف إتحاد الجنس الذي صرح في الصحيحة المتقدمة كل ذلك ، مع احتمال وروده كالنصوص السابقة مورد التقية ، لكون المنع مذهب العامة ، كما يلوح من الغنية ، ويؤيده مصير الإسكافي ، وقد ظهر لك من ذلك كله وجه ما ذكر المصنف من الاحتياط ، وغيره من الكراهة ، ولو من جهة الشبهة الناشئة من أدلة المنع المزبور سيما مع صحة بعضها ، واحتمال إرادة الحرمة من نفي الصلاحية ، إماماً من حيث الصيغة كما ادّعاها بعض الناس ، أو من حيث غلبة التعبير به بلفظ الكراهة عن الحرمة في باب الربا مؤيداً ذلك بفتوى من عرفت .

لكن في الرياض أن المستفاد من النصوص المزبورة المنع في خصوص الزيادة العينية ، لا الحاصلة بمجرد النسيسة ونحوها من الزيادات الحكمية ، فالفتوى باسحاب

(١) الوسائل الباب ١٣ من أبواب الربا الحديث ٢

(٢) الوسائل الباب ١٧ من أبواب الربا الحديث ١٢

(٣) كنوز الحقائق في هامش جامع الصغير ص ٧٥ الطبع عبد الحميد احمد

المنع فيها لوجه لمطلقاً ، حرمة كان أو كراهة ، إلا أن المصير إلى الأخير بناء على المسامحة غير بعيد ؛ قلت : لعل الوجه في المنع ما عرفت من دعوى أن ذلك من الربا الذي يتحقق بكل من الزيادة ، فلاحظ وقامل . والامر سهل ؛ بعدما سمعت من صفته على كل حال والله أعلم .

﴿ والحنطة والشعير جنس واحد في ﴾ حكم ﴿ الربا على الاظهر ﴾ الأشهر بل المشهور نقلاً وتحصيلاً شهرة عظيمة ، خصوصاً بين المتأخرين ، بل عليه عامتهم ، عدا ابن ادريس بل كادت تكون إجماعاً ، بل هي كذلك في الفنية ، ومحكي خلاف الشيخ لا ﴿ لتناول اسم الطعام لهما ﴾ إن قدر عرفت أن غير مجد بعد الاختلاف في الاسم الخاص ، الظاهر في اختلاف الحقيقة لاختلاف صنف ؛ بل للنصوص المستفيضة التي كادت تكون متواترة كقول الصادق عليه السلام في صحيح أبي بصير (١) الذي رواه المشايخ الثلاثة «الحنطة والشعير رأس برأس لا يزداد واحد منهما على الآخر» وفي صحيح الحلبي أو حسنه (٢) المروي في الكافي والتهذيب «لا يباع مغتومان من الشعير ، بمغتموم من الحنطة ولا يباع ، إلا مثلاً بمثل والثمرة أيضاً مثل ذلك ، قال : وسئل عن الرجل يشتري الحنطة ولا يجد عند صاحبها إلا شعيراً ، أ يصلح له أن يأخذ اثنين بواحد ؟ قال : لا إنما أصلهما واحد » وزاد في الكافي وكان علي عليه السلام يعد الشعير بالحنطة «أي ويعدهما واحداً وقل سماعة في الموثق (٣) «سألته عن الحنطة والشعير فقال : إذا كانا سواء فلا بأس» وقال البصري (٤) قلت : لا يبي عبد الله عليه السلام «أ يجوز قفيز من الحنطة بقفيزين من شعير ؟ فقال : لا يجوز إلا مثلاً بمثل ، ثم قال : إن الشعير من الحنطة» وقال الباقر عليه السلام في صحيح زرارة ومحمد (٥) «الحنطة بالدقيق مثلاً بمثل ، والسويق مثلاً بمثل ، والشعير بالحنطة مثلاً بمثل لا بأس به ، » وفي

(٢٠١) الوسائل الباب ٨ من أبواب الربا الحديث ٤٠٣

(٢٠٣) الوسائل الباب ٨ من أبواب الربا الحديث ٦-٢

(٥) الوسائل الباب ٩ من أبواب الربا الحديث ٢ الجواهر ٤٣

خبر محمد بن قيس (١) «أن أمير المؤمنين عليه السلام قال: لا تبع الحنطة بالشعير إلا بيدايد، ولا تبع قفيزين من حنطة بقفيزين من شعير» كقول الصادق عليه السلام في مرسل صفوان (٢) «الحنطة والشعير لا بأس به رأساً برأس» وسأله أبو بصير (٣) «عن الحنطة بالشعير والحنطة بالدقيق؟ قال: إذا كان سواء فلا بأس؛ وإلا فلا» وقال هشام بن سالم في الصحيح (٤) «سئل الصادق عليه السلام عن الرجل يبيع الرجل الطعام إلا كرا فلا يكون عنده ما يتم له ما باعه، فيقول له: خذ مني مكان كل قفيز قفيزين من شعير حتى تستوفي ما نقص من الكيل، قال: لا يصح لأن أصل الشعير من الحنطة، ولكن يرش عليه من الدراهم بحساب ما نقص من الكيل» إلى غير ذلك من النصوص، وكأنه أشار عليه السلم بالأصالة المزبورة إلى ما رواه الصدوق (٥) بإسناده «أن علي بن أبي طالب عليه السلام سئل مما خلق الله الشعير، فقال: إن الله تبارك وتعالى أمر آدم أن يزرع مما اخترت لنفسك وجائه جبرئيل عليه السلام بقبضة من الحنطة فقبض آدم عليه السلام على قبضته وقبضت حواء على أخرى، فقال آدم لحوا: لا تزرعي أنت فلم تقبل أمر آدم فكلما زرع آدم جاء حنطة، وكلما زرع حواء جاء شعيراً».

ومن الغريب بعد ذلك، كله اختيار ابن ادريس العدم، وأغرب منه دعواه أنه لا خلاف بين المسلمين، العامة والخاصة، ولا بين أهل اللغة واللسان في أنهم ما جنسان، وأنه لم يذهب إلى الاتحاد غير شيخنا أبي جعفر والمفيد ومن قلده في مقالته، وتبعه في تصنيفه، وإلا فجل أصحابنا المتقدمين ورؤساء مشايخنا المصنفين الماضين، لم يتعرضوا لذلك، بل افتوا بأنه إذا اختلف الجنس فلا بأس ببيع الواحد بالآخرين، مثل شيخنا ابن بابويه، والسيد المرتضى، وعلي ابن بابويه وغيرهم؛ بل أبو حمزة بن الجنيد من كبار فقهاء أصحابنا

(٢٠١) الوسائل الباب ٨ من أبواب الربا الحديث ٣٨ و٣٩

(٣) ذكر صدره الوسائل في الباب ٨ من أبواب الربا الحديث ٣ وذيله في الباب ٩ الحديث ٦

(٤) الوسائل الباب ٨ من أبواب الربا الحديث ١

(٥) المستدرک ج ٢ ص ٢٨١

ذكر المسألة وحققها وأوضحها في كتابه الاحمدى ، وقال لا بأس بالتفاضل بين الحنطة والشعير لأنهما جنسان مختلفان.

وكذلك ابن أبي عمير من كبار مصنفى أصحابنا قال: «وإذا احتاف الجنسان فلا بأس ببيع الواحد بأكثر منه وقد قيل: لا يجوز بيع الحنطة والشعير إلا بمثل سواءً، لأنهما من جنس واحد، وبذلك جاءت بعض الأخبار، والقول والعمل على الأول، وأطنب في المقال، وكان فيما قال: إن أخبار الآحاد لا توجب علماً ولا عملاً واستدل أيضاً بقوله ^(١) **«إذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم»** قال: وقد اختلف الجنس في الحنطة والشعير سورة، وشكلاً، ولونا، وطعماً، ونطقاً، وإدراكاً، وحسّاً، ونحو ذلك مما هو غير خفي على أصغر الطلبة، فضلاً عن أجلاء الأصحاب» ومع ذلك فيه أولاً أنه مبني على أصل فاسد كما حرر في الأصول، بل أساء الأدب معه، في الجقائق هنا، فقال الواجب عليه مع رده هذه الأخبار ونحوها من أخبار الشريعة هو الخروج من هذا الدين إلى دين آخر، وثانياً منع كونها آحاداً بل هي إن لم تكن متواترة، فمضمونها بسبب اعتضاد بعضها ببعض، والعمل بها والاجماع ونحو ذلك قطعي، وثالثاً إن خلاف القديمين، لا يقدر في سبق الاجماع ولا في أحوقه وابن بابويه قد زوى نصوص الاتحاد وظاهر العمل بها.

ومن الغريب أن الفاضل في التحرير قد اغتر بنقله، فقال: «قال الشيخ: الحنطة والشعير جنس واحد قال ابن أبي عمير وباقي علمائنا: أنهما جنسان» إذ لم نعرف من عنى بالباقي غير ابني الجنيد وأدريس، وقد ظهر لك بحمد الله سقوط القول بالاختلاف المقتضى لجواز التفاضل فيهما والخبر العامي (٢) «بيعوا الذهب بالزرق والورق بالذهب والبر بالشعير والشعير بالبر» كيف شئتم يدايد» لا ينبغي التعويل عليه خصوصاً بعدما قيل من القصور في دلالة أيضاً،

نعم صرح غير واحد من الأصحاب باختصاص ذلك في باب الربا وإلا ففي الزكوة و

غيرها جنسان، ولذلك يكمل نصاب أحدهما بالآخر، وقاعدة اشتراط إتحاد الجنس في الربا تخص بالأدلة المزبورة، قلت: قديقال: إن النصوص إنما دلت على أن الشعير من الحنطة لأنهما الآن حقيقة واحدة، لكن الربا يكفي فيه إتحاد الحقيقة فيه سابقاً، كما يؤمى إليه التعليل في النصوص المزبورة، وإن اختلفت لاحقاً؛ ولذا الحقوا كل فرع بأصله في ذلك، بخلاف الزكوة فإنه لا دليل على ذلك فيها، فيبقى اقتضاء اختلاف الحقيقة اللاحق بحاله فيها، بخلافه في الربا، بل لا تخصيص بقاعدة اشتراط الاتحاد، ضرورة حصوله سابقاً وليس المراد منه الاتحاد في سائر الأحوال.

فالنصوص حينئذ إنما كشفت عن الإتحاد السابق؛ وليس هو مما يستبعد اثبات مثله بها، ولا ينبغي معارضتها بمعلومية الاختلاف بين العامة والخاصة في الصورة والطعم وغيرهما، إذ ليس في شيء منها منافية لذلك، فتأمل جيداً والله أعلم. والعلس والتلت على القول بأنهما من أفراد الحنطة والشعير فدخولهما فيها ظاهر، وإن اختلفا باسم آخر، وإلا فمقتضى الاسم عدم اللاحاق.

﴿وثمره النخل جنس واحد وإن اختلفت أنواعه﴾ وكان دياً بلا خلاف أجده فيه، فلا يجوز التفاضل بين ردي الدقل وجيد البرني مثلاً، وقد سمعت إطلاق كون الثمرة، كالشعير والحنطة، في صحيح الحلبي (١) كإطلاق مؤثق سماعة (٢) «لا يصلح شيء من الطعام والتمر والزبيب اثنان بواحد، إلا أن تصرفه إلى نوع آخر» إلى آخره، بل في التذكرة أن الطلع كالثمرة وإن اختلفت أصولها، وطلع الفحل كطلع الاناث وإن كان لا يخلو من تأمل إن لم ينعقد إجماع عليه، ولعل إدراجه في قاعدة لحوق الفرع بالأصل أولى.

وعلى كل حال لا ينافي ما ذكرنا ما في خبر ابن سنان (١) «سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: كان أمير المؤمنين عليه السلام يكره أن يستبدل وسقا من تمر خبير بوسقين من تمر المدينة، لأن تمر المدينة أدونهما» ومثله خبر ابن مسكان (٢) لكن بدون تعليل، إذا ظاهر: إياه الحرمة من الكراهة هنا، خصوصاً بعد خبر سيف التمار، (٣)

قال: «قوت: لا يبي بصير أحب أن تسأل أبا عبد الله عليه السلام عن رجل استبدل قوصرتين فيهما بسر مطبوخ بقوصرة فيها تمر مشقوق. قال: فسأله أبو بصير عن ذلك فقال: هذا مكروه، فقال: أبو بصير. ولم يكره، فقال: كان علي بن أبي طالب عليه السلام يكره أن يستبدل وسقا من تمر المدينة بوسقين من تمر خبير، ولم يكن علي عليه السلام يكره الحلال» وفي الكافي قبل قوله لم يكن «لأن تمر المدينة أدونهما» والصواب أجودهما مكان أدونهما، كما في خبر محمد بن قيس (٤) سمعت أبا جعفر عليه السلام «يكره وسقا من تمر المدينة بوسقين من تمر خبير، لأن تمر المدينة أجودهما»، الحديث أو مبادلة كل من المدينة وخبير بالآخر، كما سمعته في خبري ابن سنان ومسكان والله أعلم.

وكيف كان فقد ظهر أن ثمرة النخل بجميع أفرادها جنس واحد ﴿وكذا ثمرة الكرم﴾ على اختلافها في الشكل والطعم وغيرهما.

وفي موثق سماعة (٥) «سئل أبو عبد الله عليه السلام عن العنب بالزبيب؟ فقال: لا يصلح إلا مثلاً بمثل» مع أنه لا خلاف أجده أيضاً فيه، وفي القاعدة المعروفة بين الأصحاب قديماً وحديثاً ﴿و﴾ هي أن ﴿كل ما يعمل من جنس واحد يحرم التفاضل فيه﴾ وإن اختص هو باسم ﴿كالحنطة بدقيقها، والشعير بسويقه، والدبس المعمول من التمر بالتمر، وكذا ما يعمل من العنب بالعنب﴾ إلحاقاً للفرع باصله في حكم الرتبة، للمعتبرة المستفيضة

(٢١) الوسائل الباب - ١٥ - من ابواب الربا الحديث ٢-٣

(٢٣) الوسائل الباب - ١٥ - من ابواب الربا الحديث ١-٢

(٥) الوسائل الباب - ١٤ - من ابواب الربا الحديث ٣-

التي منها صحيح زرارة (١) ومحمد (٢) «المتضمن لنفى البأس عن الحنطة بالدقيق إذا كان مثلاً بمثل» كصحيحه الآخر (٣) عن اباقر عليه السلام أيضاً «الدقيق بالحنطة ، والسويق بالدقيق مثلاً بمثل لا بأس به».

وموثق سماعة (٤) «سألت عن الحنطة والدقيق ؟ فقال : إذا كانا سواء فلا بأس » و قال ابو الربيع للصادق عليه السلام (٥) : « ماترى فى التمر والبر الاحمر مثلاً بمثل ؟ قال : لا بأس . قلت : فالبحنج ، العصير مثلاً بمثل ؟ قال : لا بأس ، وفى الوافى البحنج : العصير المطبوخ مع رب مبيخته »

وسأل محمد بن مسلم (٦) أبا جعفر عليه السلام « عن الرجل يدفع إلى الطحان الطعام ، فيقاطعه على أن يعطيه صاحبه لكل عشرة أرطال اثنى عشر طلاً دقيقاً ، فقال : لا قلت : الرجل يدفع السمسم إلى العصار ويضمن لكل صاع أرطالاً مسماة ؟ فقال : لا » وسأله أيضاً فى صحيحه الآخر (٧) «عن البر بالسويق ؟ فقال : مثلاً بمثل لا بأس به . قلت : إنه يكون له ربع ، «أى نماء» أو يكون فيه فضل فقال : أليس له مؤنة ؟ قلت : بلى قال : هذا بهذا ، وقال : إذا اختلف الشيآن فلا بأس مثلين بمثل » إلى غير ذلك من النصوص المتممة لدلائلها بعدم القول بالفصل بين هواردها وبين غيرها مضافاً إلى التعليل السابق فى نصوص الحنطة والشعير الظاهر فى التعدية إلى كل فرع بالنسبة إلى أصله كما حقق فى الأصول ، بل فى مرسل على بن ابراهيم (٨) المضمّر «وما كيل أو وزن معاً أصله ، ائخذ ،

(١ و ٢ و ٣) الوسائل الباب - ٩ - من ابواب الربا الحديث ٢١٥٢

(٢) الوسائل الباب ٨ من ابواب الربا الحديث ٦

(٥) الوسائل الباب ١٢ من ابواب الربا الحديث ٥

(٦ و ٧) الوسائل الباب - ٩ - من ابواب الربا الحديث ٣-١

(٨) الوسائل الباب ١٢ من ابواب الربا الحديث ١٢

فليس لبعضه فضل على بعض . كيلا يكيل ، أووزنابوزن ، فاذا اختلف أصل ما يكال ، فلا بأس به اثنان بواحد يدأيد ؛ ويكره نسيئة « إلى أن قال : » وما كان أصله واحداً وكان يكال أو يوزن فخرج منه شيء لا يكال ولا يوزن ، فلا بأس به يدأيد ، ويكره نسيئة ، وذلك كالقطن والكتان ، فأصله يوزن ، وغزله يوزن ، وثيابه لا توزن ، فليس للقطن فضل على الغزل ، وأصله واحد فلا يصلح إلا مثلاً بمثل ، فاذا صنع منه الثياب صلح يدأيد ، والثياب لأبأس الثوبان بالثوب « ولا يقدر إرساله وإضمامه بعد إلا نجبار بالشهرة العظيمة ، بل قيل أنها إجماع .

وفي التذكرة « الأصل مع كل فرع له واحد ، وكذا فرع كل أصل واحد ، وذلك كاللبن الحليب مع الزبد ، والسمن والمخيض واللبن والمصل والاقط والجبن والترخين والكشك والكامخ والسمن مع الشيرج والكسب والراشي ، وبزر الكتان مع حبة ، والحنطة مع الدقيق ، والخبز على اختلاف أصنافه من الرقاق والفرن وغيرهما ، ومع الهريسة ، والشعير مع السويق ، والتمر مع السيلان والدبس والخل منه والعصير منه ، والعنب مع دبسه وخله ، والعسل مع خلّه ، والزيت مع الزيتون ، وغير ذلك عند علمائنا أجمع ، فلا يجوز التفاضل بين اللبن والزبد ، والسمن والمخيض : واللبن واللاقط ، وغير ذلك مما تقدم ، بل يجب التماثل نقداً ، ولا يجوز نسيئة لامتماثلاً ولا متفاضلاً ، ولا فرق في ذلك بين الأصل مع فرعه ، أو بعض فرعه مع البعض « إلى آخره مؤيداً ذلك كله بعدم العثور على خلاف في شيء من القاعدة المزبورة وفروعها ، إلا ما عن الأردبيلي من التأمل في ذلك ، وأنه غير منضبط على القوانين من حيث عدم صدق الاسم الخاص على الجميع ، وعدم الاتحاد في الحقيقة .

وهذا لو حلف أن لا يأكل أحدهما لم يحث بأكل الآخر : فيحتمل كونهما جنسين يجوز التفاضل فيهما ، والشرط في النصوص للكرامة مع عدمه ، كما مر في سائر المختلفات

قال: «ويمكن أن يكون الضابط أحد أمرين؛ إما الاتفاق في الحقيقة أو الاتحاد في الاسم، وهنا الأول متحقق وإن لم يتحقق الثاني، وفيه تأمل».

قلت: كان وجه التأمل عدم تمامية ذلك أيضا ضرورة أنه قد يتخلف الاسم والحقيقة، كالتمر والخل والزبد والمخيض كما اعترف هو به في أول كلامه، وردّه بعض الافاضل، بأن مرجع المناقشة المزبورة إلى الشك في المراد من الجنس المشترط اتحاده في الربا بين الربوبين، هل هو الحقيقة الأصلية خاصة وإن اختلفت أسماء أفرادها، أو أنه لا بد من الاتحاد في الاسم، بناء على دورين الأحكام مدارها في جملة من المواضع بالضرورة، ولا وجه له بعد إمعان النظر فيما قدمناه من الأدلة الدالة على إرادة المعنى الأول بلا شبهة، وتكون هي المستثنية للمسألة من قاعدة دوران الأحكام مدار التسمية كما سلّمه هو في مسألة الحنطة والشعير للنصوص الجارية هنا بمقتضى العلة المنصوصة، ولذا أن الحلّي المصّر على إرادة المعنى الثاني في مسألة الحنطة والشعير وافق الأصحاب في المسألة، مدّعيًا في جملة من مواردها إجماع الطائفة.

وبذلك يظهر لك الفرق بين المقام وبين ما ذكره فانا لا ننكر دوران الأحكام مدار الأسماء في غير ما نحن فيه، كما هو واضح، وهو جدي لو كانت المناقشة من حيث اختلاف الاسم خاصة، وإلا فحقيقة الأصل والفرع متحدة.

أما إذا كانت في مختلف الحقيقة من الفرع مع الأصل الذي هو وفرد من إطلاق القاعدة المزبورة، ومن مقتضيات العلة في نصوص الحنطة والشعير، فمن الواضح عدم توجه بعض ما في الردّ عليها من هذه الحيثية، ضرورة إمكان منع دلالة النصوص وغيرها على نحو ذلك أولا، ومنع تسليمه ثانيا، لمعارضته بما دلّ «على البيع كيف شئتم مع اختلاف الجنس»، وإن كان من وجه، وبما دلّ على اعتبار اتحاد الجنس في تحقق الربا، وباستلزامه حصول الربا في المستحيل إلى حقيقة أخرى لو بيع بأصله، كالتمر المستحيل إلى الملح مثلا والتزامه في غاية الصعوبة، لعدم الدليل الصالح لإثباته عدا إطلاق معقد الإجماع على

القاعدة المعارض ، بإطلاق معقد جواز البيع ، مع اختلاف الجنس كيف شاء ، وعدا منصوص العلة في نصوص (١) الحنطة والشعير الذي لا جبر له في الفرض ، لقلة من استند في هذه القاعدة إليه ، بل قد يقال : أنه من الحكمة لامن العلة خصوصاً مع ملاحظة خبر (٢) زرع حوّا ، وستمع التصريح في الحواشي المنسوبة إلى الشهيد بجواز بيع اللبن باللحم لاختلاف الماعية ، بل كثير من أفراد ذلك غير محتاج إلى التصريح بهذا .

لكن الانصاف أنه لا مناص عن التزامه ، أو القول به في المستحيل إلى حقيقة أخرى هي فرع لذلك الأصل ، كالشعير بالنسبة إلى الحنطة ، لا إذا لم تكن واستحال اليها فرد من ذلك الجنس ، كالتمثال المزبور أو القول بتنزيل إطلاقهم على الفرع الذي لم ينتقل إلى حقيقة أخرى ، وإن تغير الاسم كالدقيق بالنسبة إلى الحنطة ونحوه ، لكن بنا في ذلك بعض أمثلتهم للقاعدة ، منها ما سمعته من معقد اجماع التذكرة الشامل لبيع الفرع بالفرع أيضاً وإن اختلفا في الحقيقة بعد اتفاقهما في الأصل ، ومن هنا كانت المسألة من المشكلات ومحتاجة إلى التأمل التام ، وقد تقدم لنا سابقاً بعض الكلام في ذلك فلا حظ وتأمل.

بل قد يناقش فيها من جهة أخرى وهي أن الفرع إن كان بسبب العمل ومخالطة غير الربوي له كـ الخلل الذي يتخذ من التمر والماء الذي هو من أمثلة القاعدة المزبورة ، قد يمنع إحقاقه بالرّوي من جزئي أصله ، ضرورة كونه ترجيحاً من غير مرجح بعد فرض عدم كون الجزء الآخر من المستهلكات ، فإطلاق أدلة البيع وغيره يقتضي جواز التفاضل فيه لوبيع بالتمر مثلاً ، اللهم أن يدعى أن الماء صار من أجزاء التمر كالمعتصر منه ، لكنه كما ترى .

وفي التذكرة في المقام «أن مخالطة الملح والماء والانفخة وبعض الأجزاء اليسيرة لا توجب اختلافاً لأنها أجزاء يسيرة لا اعتبار بها ، فإن كانت كثيرة توجب اختلافاً جاء

(١) الوسائل الباب ٨ من أبواب الربا

(٢) المستدرک ج ٢ ص ٢٨١

حكم المختلفين «فتأمل جيداً ، فإنه يمكن القول باعتبار ما كان فرعاً لأصل نحو الحنطة والدقيق ، والشعير والسويق ، ونحو الدهن من السمسم مما ساء عنه في النصوص المزبورة ، لكل فرع لكل أصل وإن كان بعيداً لا يعرفه إلا خواص الناس ، نحو طلع الفجل ، ونحو اتحاد القند من الشوندر ، وغير ذلك مما يستخرج من بعض الأجسام على وجه لا يدركه إلا أوحى الناس لأقل من الشك والأصل الجواز ، بناء على ما سمعت ، وإجماع التذكرة لا يؤرق به في ذلك وشبهه .

وأما المناقشة فيها بما حكاه في الرياض عن الفاضل المزبور أيضاً ، منها أنه لا شك في أن الحنطة إذا جعلت دقيقتاً تزيد كما هو ظاهر ، ودلت عليه صحيحة محمد بن مسلم (١) المتقدمة ، وانطبق الوجه المذكور فيها على قواعدهم يحتاج إلى التأمل ، فلا ينبغي صحة بيع أحدهما بالآخر متساوياً أيضاً لزيادة كما في اليابس من جنس بآخر رطباً مثل الرطب بالتمر ، والعنب بالزبيب ، فكيف لا ينبغي النظر إلى مثل هذه الزيادة في وقت آخر بتبديل وتغيير ، مع أنه معتبر عندهم في الرطب والتمر ؛ فقد أجاب عنها في الرياض باغتناف هذه الزيادة اتفاقاً فتوى ورواية .

ولعل الوجه فيه ما أشير إليه وإلى الإشكال الذي ذكره في الصحيحة المشار إليها في كلامه ، وحاصلها أن اغتفار الزيادة إنما هو لاجل الطحن ، وليس بيع الرطب بالتمر اليابس على تقدير المنع عند مثله بالبديهة ، إذ لا مثنوثة في يبس التمر وهو فرق واضح لا يشوبه شوب المناقشة .

قلت لا إشكال في منع الزيادة سواء كان في مقابلها عمل له مثنوثة أو لا ؛ كما صرحوا به في بيع الخاتم بالفضة وغيره ، كما أن الظاهر عدم الفرق بين الزيادة الحسية والحكمية ، والفعلية والتقديرية ، بناء على العمل بالعلّة المستفادة من قوله ﷺ « أينقص إذا جف » (٢) كما استعرف ، الكلام فيه مفصلاً إنشاء الله ، فلا يبعد حينئذ أن يكون وقوع التعليل

(١) الوسائل الباب ٩ - من أبواب الربا الحديث ٣ - ١ (٢) المستدرك ج ٢ ص ٢٨٠

في الصحيح إقناعا لرفع استبعاد المخالفين : وإلا فمثل هذه الزيادة غير قاذحة ، للنص و
الاجماع هذا . وفي الوافي في بين وجه هذه الزيادة : « لعل مراد السائل أن البر له
ربح ، فيه فضلا أنه يزيد إذا خبز ، بخلاف السوق » انتهى وقد يكون المراد أنه إذا بيع
أحدهما بالآخر كيلا ، لأنهما من المكيالات ، فإن الحنطة تكون أثقل والسويق أخف ،
فيحصل الربح والزيادة في الحنطة ، بل لو بيعا بالوزن يحصل التفاوت في الكيل ، وستعرف
البحث في ذلك ، وأنه هل المعتبر التساوي فيهما ، أو يكفي فيه أحدهما وإن تفاوت في
الآخر وكيف كان فلا مجال لهذه المناقشة بعد النصوص والفتاوى ومعاقد الاجماع
كما هو واضح والله اعلم .

﴿ وما يعمل من جنسين بجوز بيعه ﴾ بغيرهما ﴿ بهما ﴾ مع التفاضل وعدمه ﴿ و
بكل واحد منهما ﴾ لكن بشرط أن يكون في الثمن زيادة عن مجانسه ﴿ بحيث تصلح لمقابلة
الآخر مع الأفراد كما في المسالك ، أو لو مع الانضمام كما يقتضيه اطلاق غيره ، والأول
أحوط ، وإن كان الثاني لا يخلو من قوة .

وعلى كل حال فلا خلاف أجده في شيء من ذلك نصا وفتوى بل الاجماع بقسميه عليه ،
كما ستعرف ذلك كله وغيره في « المسألة السادسة » إذ هي مع ما نحن فيه من واحد كما اعترف
به في المسالك ضرورة عدم الفرق بين المعمول من جنسين وبين بيع الجنسين صفقة من غير
عمل يقتضي تركيبهما في ذلك نعم عن السيد العميد أن كل مركب من شيئين أو أشياء كالزلاية
والأشربة إذا لم يمكن انفصال أجزائه بعضها عن بعض ، فهو كالشيء الواحد ، لا يجوز التفاضل
فيه وهو غريب ، إذا فرض عدم الخروج بالتركيب إلى حقيقة أخرى خارجة عن الجنسين ، بل و
إن كان كذلك ، بناء على الاحتمال الذي ذكرناه سابقا في مسألة لحوق الفرع بالأصل ، إذ
الظاهر عليه هنا لحوقه بأصلهما ، فلا يجوز بيعه بجنس أحدهما ، مع عدم الزيادة المقابلة ،
ويجوز معها وبهما معاً مطلقاً ، ومنه المركب مثله ، فتأمل جيداً ، فإنه يمكن المنع من
للحقوق هنا وإن قلنا به بالنسبة إلى جريان الرّبّ ، إلا أن الغرض منه التخلص من الرّبّ ،

وحينئذ فلا يجوز بيعه بمثله متفاضلاً.

وعلى كل حال فلا يعتبر معرفة مقدار كل من الجنسين في صحة البيع اكتفاء بمعرفة المجموع حتى في صورة البيع بجنس أحدهما ، إذ يمكن فرض العلم بزيادة الثمن عما قبله من جنسه ، وإن لم يعلم خصوص المقدار من ذى الجنسين بأن يعلم مثلاً أن المجانس لا يبلغ النصف ، فيبيعه بقدر ثلثي المجموع مثلاً ، كما هو واضح . والله أعلم .

﴿ واللحوم مختلفة ﴾ في الجنس ﴿ بحسب اختلاف أسماء الحيوان ﴾ بلا خلاف بل في التذكرة الإجماع عليه ، والاشتراك في اسم اللحم لا يقتضي الاتحاد ، كالأشراك في اسم الحيوان .

نعم ﴿ لحم البقر والجاموس جنس واحد ﴾ إجماعاً في المحكي عن الغنية والتذكرة مؤيداً بما تقدم لهم في باب الزكاة ﴿ لدخولهما تحت لفظ البقر ﴾ لغة فلا خلاف حينئذ في العرف اختلاف أفراد الحقيقة ، وإن اختلف كل منهما باسم فيه ، فتوقف فاضل الرابض فيه لذلك قال « وإن تجانس اللغة كما حكى في غير محله ، بل لوجه لما فرضه من اتحاد الجنس في اللغة واختلافه في العرف » ﴿ ولحم الضأن والمعز جنس واحد ﴾ . بلا خلاف أجده فيه ، بل الإجماع في محكي الكتابين عليه ، ﴿ لدخولهما تحت لفظ الغنم ﴾ الظاهر في أنه اسم للنوع الذي لا يقدح في اتحاد الحقيقة فيه مثل هذا الاختلاف كالإنسان ، بل في حواشي الشهيد « اللحم والكبد والقلب والكُرْش كله واحد » وفيها أيضاً « يجوز بيع اللبن باللحم ، واللحم بالببيض لاختلاف المهية ، بخلاف الدبس بالخل للاختلاف بالصفة لا غير واللحم والشحم مختلفان ، أمثالاً لية والشحم ، فالظاهر اتحادهما كما في الدروس » .

﴿ و ﴾ لحم ﴿ الأبل عرابها وبخاتها جنس واحد ﴾ بلا خلاف أيضاً ، والاجماع في محكي الكتابين عليه ، لنحو ما عرفت ، والبخاتي : بفتح الباء وتشديد الياء الممنوعة من تحت جمع بختي - بضم الباء وتشديد الياء أيضاً : الأبل الخراسانية قال الشاعر : « لبن البخت في

قصاع الخليج» ويخفف ويثقل ، وربما قيل انه معرب ، ﴿و﴾ الضيورا جناس مختلفة لغة وعرفاً ، لاختصاص كل منهما باسم ، وإن جمع الجميع اسم الطير بلاخلاف أجده فسي شيء من ذلك .

نعم في خصوص ﴿الحمام﴾ منه خلاف فقل إنه ﴿جنس واحد﴾ كما هو خيرة الفاضل في التذكرة وغيرها ، والشاهد في الدروس والمحقق الثاني في جامعه ، للاشتراك في الاسم ، ولأنه أقرب إلى الإحتياط وقيل ﴿و﴾ هو الذي ﴿يقوى عند﴾ المصنف ﴿أن كل ما يختص باسمه ، فهو جنس على انفراده كالفخاتسي والورشاني﴾ وهو ظاهر التحرير وأوصيحه ، ومنشأ الخلاف الشك في أن مقولية الحمام على ما نحتته مقولية النوع على الاصناف ، أو الجنس على الأنواع : فعلى الأول يحرم بيع بعضها ببيض مطلقا ، وعلى الثاني يختص كل نوع بحكمه ، ولما كان الوقوف على ذاتيات الحقائق عزيز جداً ، ولم يكن من جهة الشرع قاطع بشيء حصل الخلاف : لكنك خير أن الاطلاقات تقتضي الجواز مع الشك ، مضافاً إلى عدم مساعدة العرف بصدق الحمام على كثير مما ذكر أنه فرد له ، إذا المعرف عند معظم الفقهاء كما قيل أن الحمام كل طائر يعب الماء أو يهدر ، فيدخل فيه القماري والدباسي والفواخت ، سواء كانت مطوقة أو لا ، الفة أو وحشية ، بل عن الكركي أنه عرف عند أهل اللغة أيضاً ، لكن فيه أن المحكي عن أكثر كتب اللغة كالصحيح وفقه اللغة وشمس العلوم والسامي وغيرها أنه كل مطوق ، وحكاة الأزهرى عن أبي عبيدة عن الأصمعي .

وعن مصباح المنير : الحمام عند العرب كل ذي طوق من الفواخت والقماري و ساق حرا والقطاء الدواجن والوراشين وأشباه ذلك إلى أن قال : والعامية تخص الحمام بالدواجن ، وكان الكسائي يقول الحمام هو البري واليمام هو الذي يألف البيوت ، و الظاهر أن التفاوت بينهما قليل أو منتف .

وعلى كل حال فالعرف لا يوافق شيئاً مما سمعته عند أهل اللغة فلا ريب حينئذ في أن

الأحوط الاتحاد خصوصاً بعد قوله وَاللَّهُ يَخْتَارُ (١) «ما اجتمع الحلال والحرام إلا الغلب الحرام الحلال» بناء على شموله لامتثال المقام وإن كان الذي يقوى التعدد بتعدد الأسماء ، والله أعلم ، بل ظاهر قول المصنف ﴿وكذا السموك﴾ أنه أيضاً جناس متعددة بتعدد اسم كل واحد ، بل هو صريح التحريم ، ولكن يظهر من بعض مشايخنا أن المعروف كونه جنساً واحداً ، لشمول الاسم للجميع ، والاختلاف بالعوارض لا يوجب الاختلاف بالحقيقة ، ويمكن إرادة ذلك من الإشارة في المتن وهو لا يخلو من قوة ، لكن لا ريب في أنه جنس مخالف لغيره من اللحم ، كما أن الجراد جنس مخالف لسائر اللحوم البرية والبحرية .

وعلى كل حال ففي المسالك «الطير إنما يتصور الرثا فيه إذا بيع لحمه وزناً ، أما لو بيع جزاً فلا ، ولو بيع عدداً كما هو الغالب ففي ثبوت الرثا فيه خلاف ياتي ، والأقوى عدمه» قلت : ستعرف أنه لا يكفي في الرثا أيضاً مطلق البيع وزناً وإن كان المتعارف في الزمن السابق بيعه جزاً ﴿و﴾ كيف كان في ﴿الوحشي﴾ من كل جنس مخالف لأهليته ﴿﴾ كما نص عليه ؛ بل عن الغنية وجامع المقاصد وظاهر التذكرة وغيرهما الإجماع عليه ، بل عن موضع آخر من التذكرة ما هو كالصريح في ذلك ؛ ولولا هذا الاتفاق لما كان المناقشة في ذلك كما اعترف به في الرياض هذا وعن الخلاف والمبسوط أن ليس في الأبل وحشي .

﴿والألبان تتبع اللحمان في التجانس والاختلاف﴾ بلا خلاف أجده فيه ، بل في التذكرة الإجماع عليه ، فلبن الأبل جنس ولبن البقر جنس آخر كذي اللبن وقد يحتمل اتحاد الجنس في بعضها ، وإن اختلف اللحمان ، بل عن بعض العامة أنها جميعاً جنس واحد . والله أعلم .

هذا ﴿و﴾ قد عرفت سابقاً أنه ﴿لا يجوز التفاضل بين ما يستخرج من اللبن وبينه كزبد البقر مثلاً ، بحليته ومخيضه واقطه﴾ لأنه فرع له بل لا يجوز التفاضل في الفروع نفسها

فضلا عن الفرع وأصله فلا حظ وتأمل . ﴿ والأدهان تتبع ما تستخرج منه ، فدع عن السمسم جنس ، وكذا ما يضاف إليه كدهن البنفسج والنيلوفر ﴾ لأن إضافته إليه لا تخرجه عن أفراد أنواع الدهن ، فإنه ليس مركبا منه ومما يضاف إليه بل هو عين الدهن يكتسب باختلاطه به مدة خاصة ثم ينزع منه ﴿ ودهن البزر جنس آخر ﴾ كدهن اللوز ودهن الجوز وغيرها من الأدهان كما هو واضح ، ضرورة أن الاشتراك في الدهنية لا يقتضي الاتحاد في الحقيقة المعلوم اختلافها ﴿ وكذا ﴾ الخلول ﴿ فإنها ﴾ تتبع ما يعمل منه فخل العنب مخالف لخل الدبس ﴿ وإن اشتركا معا في الخلوية ﴾ ويجوز التفاضل بينهما نقدا ﴿ كثير هامن المختلف ﴾ ﴿ وأما ﴾ في النسبة ﴿ فيه ﴾ تردد ﴿ وخلاف تقدم تحقيق الحال فيه سابقا إذا المقام فرد من أفراد مختلف الجنس والله اعلم .

﴿ الثاني ﴾ من الأمور ﴿ اعتبار الكيل والوزن ﴾ إذا كان المبيع والتمن كذلك مع اتحاد الجنس حرّم الربا فيهما اجماعا بقسميه ، وسنة وكتوبا ، بل كاديكون ضروريا ، إنما الكلام في اشتراط ذلك فيه وقد عرفت سابقا اشتراط الجنسية ، أما التقدير بهما على معنى أنه ﴿ لا ربا لافي مكيل أو موزون ﴾ فهو المشهور بين الأصحاب شهرة عظيمة ، بل عن الخلاف وجمع البيان والتذكرة وظاهر الغنية والسرائر الإجماع على عدم الرّبا في المقدّر بالعدد ؛ وإن كنت لم أتحققه فيما حضرني منها ، إلا أن الأصل والعمومات كافية في الجواز .

مضافا إلى النصوص المستفيضة إن لم تكن متواترة كالصحيح (١) المروي في الكتب الثلاثة « لا بأس بمعاوضة المتاع ما لم يكن كيلا أو وزنا » والخبر (٢) المنجبر بما سمعت « أن ما عدّ آدم وكل ولم يوزن فلا بأس به ، إثنان بواحد يدأييد ، ويكره نسيئة » وهو ثوق منصور بن حازم (٣) قال الصادق عليه السلام « عن البيضة بالبيضتين ؟ قال : لا بأس ، والثوب بالثوبين ؟ قال : لا بأس ، والفرس بالفرسين ؟ قال : لا بأس به ، ثم قال : كل شيء يكال أو يوزن فلا يصلح مثلين بمثل

(١) الوسائل الباب - ١٧ - من أبواب الربا الحديث ٣-

(٢) (٣) الوسائل الباب - ١٤ - من أبواب الربا الحديث ٢- ٣

إذا كان من جنس واحد ، فإذا كان لا يكال ولا يوزن فليس به بأس إثنان بواحد» وخبره الآخر (١) «سألته عن الشاة بالشايتن ، والبيضة بالبيضتين ؟ قال: لا بأس ما لم يكن كيلا أو وزنا» وكذا (٢) سأله داود بن الحصين فأجابه بذلك أيضاً .

والخبر الذى قيل فيه أنه مروى فى الكتب الثلاثة أيضاً ستة طرق ، منها الصحيح (٣) عن عبيد بن زرارة تارة ، وعن زرارة أخرى عن الصادق عليه السلام «لا يكون الربا إلا فيما يكال أو يوزن» وصحيح زرارة أيضاً (٤) عن الباقر عليه السلام «البعير بالبعيرين ، والدأبه بالدأبتين يدا بيد ليس به بأس ، وقال: لا بأس بالثوب بالثوبين يدا بيد ونسيئة إذا وصفتها» وسأل البصرى (٥) أبا عبد الله عليه السلام «عن بيع الغزل بالثياب المنسوجة والغزل أكثر وزنا من الثياب ؟ فقال لا بأس» وسأله (٦) أيضاً «عن العبد بالعبد والعبد بالعبدة والدرهم ؟ قال : لا بأس بالحيوان كله يدا بيد ونسيئة» وسأله (٧) سعيد بن يسار أيضاً «عن البعير بالبعيرين يدا بيد ونسيئة؟ فقال: نعم لا بأس إذا سميت الاسنان جذعين ، او ثنيين ، ثم امرني فخططت على النسيئة لأن الناس يقولون لا» وهو وثق سماعة (٨) «سألته عن بيع الحيوان إثنين بواحد ؟ فقال : إذا سميت الثمن فلا بأس» إلى غير ذلك من النصوص الدالة على المطلوب .

فما فى المقنعة وعن أبى علي وسأله من أن حكم المعدود حكم المكيل والموزون ، فلا يجوز التفاضل فى المتجانسين مطلقاً فقد اؤنسيئة واضح الضعف ، وإن كان قد يحتج له بعد إطلاق حرمة الربا بصحيح (٩) محمد «سأل أبا عبد الله عليه السلام عن الثوب الرديين بالثوب المرتفع ، والبعير بالبعيرين والدأبة بالدأبتين ؟ فقال كره ذلك على عليه السلام فنحن نكرهه ، إلا أن يختلف الصنفان قال : وسألته عن الأبل والبقر والغنم أو أحدهن فى هذا الباب ؟ فقال : نعم فإننا

(١) الوسائل الباب ١٦ - من أبواب الربا الحديث ١ -

(٢) الوسائل الباب ١٧ - من أبواب الربا الحديث ٢

(٣) الوسائل الباب ٦ - من أبواب الربا الحديث ٣

(٤) الوسائل الباب ١٧ - من أبواب الربا الحديث ١

(٥) الوسائل الباب ١٩ - من أبواب الربا الحديث ١

(٦) (٧) (٨) الوسائل الباب ١٧ - من أبواب الربا الحديث ٦ - ٧ - ١٥

(٩) الوسائل الباب ١٦ من أبواب الربا الحديث ٧

نكرهه» وصحيح ابن مسكان (١) المروي في الفقيه من سلا المقطوعاً قال : «سئل الصادق (ع) عن الرجل يقول عاوضني بفرسي وفرسك وازيدك ؟ قال : فلا يصلح ، ولكن يقول اعطني فرسك بكذا وكذا واعطيك فرسي بكذا وكذا»

لكن فيه بعد تقييد الاطلاق بما عرفت ، عدم صدق اعتبار العد في ذلك ، فيكون حينئذ ما في الخبرين مع معارضته بما سمعت ، مخالفاً لاجماع ، ولعله لذا نفى الخلاف في المختلف عن بيع الثوب بالثوبين نقداً ، فلا بد من عدم إرادة الحرمة من الكراهة ؛ ونفي الصلاحية ، او على إرادة خصوص النسبة منه ، لما في المقنعة لأبأس ببيع ما لا يكال ولا يوزن ، واحد باثنين وأكثر من ذلك نقلاً ، ولا يجوز نسبة كتوب بثوبين ، وبغير بيعيرين ، وشاة بشاتين وداربدارين ، ونخلة بنخلتين يدايد نقداً ، وإن باع ذلك نسبة كان البيع باطلاً ، ونحوه عن المراسم.

وفي النهاية «واما ما لا يكال ولا يوزن فلا بأس بالتفاضل فيه ، والجنس واحد نقداً ، ولا يجوز ذلك نسبة ، مثل ثوب بثوبين ، ودابة بدابتين ، وداربدارين ، وعبد بعبدتين ، وما أشبه ذلك .. ، إلى أن قال في آخر المبحث .. وما يباع بالعدد فلا بأس بالتفاضل فيه بدأ بيد ؛ والجنس واحد ؛ ولا يجوز ذلك نسبة ، مثل البيضة بالبيضتين ، والجوزة بالجوزتين ، والحلة بالحلتين ، وما أشبه ذلك » . ونحوه في المحكي عن العماني وابن الجنييد والخلاف في عدم جريان الربا في المعداد ، والمنع نسبة في نحو ما عرفت .

وفي الوسيلة «السادس أي بيع المعداد بالمعداد ، ويجوز التبايع فيه ممتاثلاً ومتفاضلاً ، نقداً ولا نسبة ، إذا كانا من جنس واحد ، مثل بيع بيضة ببيضتين ، وجوزة بجوزتين ، وحلة بحلتين » وفي الغنية «ويجوز بيع الحيوان بالحيوان ممتاثلاً أو متفاضلاً ، سواء كان صحيحاً أو كسيراً نقداً ؛ ولا يجوز ذلك نسبة ، في الظاهر من روايات أصحابنا وطريقه الا احتياط تقتضي المنع منه .»

﴿و﴾ إلى ذلك أشار المصنف بعد أن ذكر أنه ﴿بالمساواة فيهما﴾ أي الكيل و الوزن في المكيل والموزون ﴿يزول تحریم الربويات﴾ إجماعاً أو ضرورة إذا لم يكن في أحدهما زيادة عينية ، أو حكمية ، ولو أجلاً ، قال: ﴿فلو باع ما لا كيل فيه ولا وزن متفاضلاً جاز ولو كان معدوداً ، كالثوب بالتوين والثياب ، والبيضة بالبيضتين والبيض نقداً ، و في النسبة تردد و﴾ لا ريب في أن ﴿المنع أخو ط﴾ خرجاً عن شبهة الخلاف المتقدم ، وإن كان هو ضعيفاً بل في محكي التذكرة الإجماع على خلافه ، بل يمكن دعوى تحصيله ، كما أن النصوص السابقة بين صريح وظاهر في جوازه ، والبأس المستفاد من مفهوم بعضها أعم من الحرمة ، على أنك قد سمعت ما في خبر سعيد بن يسار (١)

ومنه يعلم وجه الاقتصاد في بعضها على اليد باليد ، وقد ظهر لك من ذلك أن الخلاف متحقق هنا في أمرين ؛ أحدهما : إلحاق المعدود بالمكيل والموزون في جريان الربا كما هو صريح المقنعة ، والمحكي عن سائر رواي علي ، وثانيهما : المنع من البيع متفاضلاً نسبة ، وإن لم يكن معدوداً ، كما سمعته من الشيخ وغيره ممن لم يجز المعدود معجري المكيل والموزون في الربا ، ولعل ذلك منهم إثبات حكم خاص للنسبة ، لا لأثرها أو لأن الربا الممنوع فيه في النسبة لا النقد ، والظاهر ثبوت ذلك عندهم ، ولو في المعدود أيضاً ، كما هو صريح النهاية أيضاً وقد يطلق اسم المعدود على ما يشمل نحو العبد والفرس والدار ، ومن هنا اشتبه على بعض الناس الحال في المقام والتحقيق ما عرفت .

وعلى كل حال فلا دليل معتبر على شيء من الدعويين بحيث يصلح لمعارضة تلك الأدلة ، لكن لا بأس بالقول بالكراهة في بيع المتجانس متفاضلاً نسبة ، بل وغير نسبة في المعدود وغيره ، خرجاً عن شبهة الخلاف للفتوى والرواية ، بعد القول بالتسامح في الكراهة على هذا الوجه ، والله أعلم .

﴿ولاربا في الماء﴾ للأصل والإطلاق والنصوص السابقة ﴿لعدم اشتراط الكيل

والوزن في بيعه ﴿وإن اتفق ببيعهما بأحدعما في بعض الأحوال أو الأمكنة أو الأزمنة ، نعم قيل إنه لا يباع سلفاً إلا وزناً ، فلو أسلف ماء في ماء إلى أجل ، احتتمل أن يكون ربوياً ، لا شرط الوزن فيه حينئذ ، وكذا الحجارة والتراب والحطب ، وفيه أن الوزن في السلم للضبط ، لآلأنه يعتبر في صحة بيعه ذلك ، فالأقوى عدم جريان الربا فيه ، حتى في السلم إذ لو سلم اعتبار الوزن فيه ، يمكن منع تحقق شرط الربا ، بذلك ، ضرورة ظهور الأدلة في اعتبار ذلك في أصل بيعه ، لا في قسم خاص من البيع .

﴿و﴾ كذا الطين نعم ﴿يثبت في الطين الوزون كالأرمني على الأثر﴾
لتحقق الشرط فيه ، والمراد به طين قبر ذي القرنين وعن المصباح أنه روي عن محمد بن جمهور القمي (١) عن بعض أصحابه «أنه سأل الصادق عليه السلام عن الطين الأرمني يؤخذ للكسر أيحل أخذه قال : أما إنه طين قبر ذي القرنين وطين قبر الحسين عليه السلام خير منه» و عن مكارم الاخلاق (٢) أنه أرسل عنه عليه السلام «أنه سئل يؤخذ الطين الأرمني للكسر والمبطون؟ فقال : نعم» الحديث وعن الإيضاح في باب المطاعم نفى الخلاف عن جواز أكله لدفع الهلاك فكان دواء يباع وزناً ، وأما الخراساني فأكله حرام فإن بيعه لغرض صحيح بني ثبوت الربا فيه على دخول الاعتبار وعدمه ، ولا تلازم بين حكم أكله وحكم بيعه ، وإن حكى عن الشيخ والقاضي أنه أطلق حرمة بيع الطين المأكول ، بل عن الخلاف الإجماع على ذلك . والله أعلم .

﴿و﴾ حيث عرفت اشتراط الكيل والوزن في تحقق الربا في المعاوضة ، فينبغي أن يعلم أن ﴿الاعتبار في ذلك بعبادة الشرع ، فمأثرت أنه مكيل أو موزون في عصر النبي صلى الله عليه وآله بني عليه﴾ حكم الربا إجماعاً محكياً في التنقيح إن لم يكن محصلاً ، وإن

(١) إرسائل الباب - ٦٠ من أبواب اطعمة المحرمة الحديث ٣

(٢) الوسال الباب - ٦٠ من أبواب الاطعمة المحرمة الحديث - ٣

تغير بعد ذلك ، بل فيه أيضاً أنه ما علم أنه غير مكيل ولاموزون في عصر النبي ﷺ فليس
يربوى إجماعاً ، ومقتضاه وإن كيل أو وزن بعد ذلك ، وكان الوجه في الأمرين بعد
الاجماعين المعتضدين بالتتابع - الاستصحاب السالم عن معارضة قاعدة « دوران الحكم
المعلق على الوصف مداره وجوداً و عدماً » بعد تخصيصها بغير المقام ، ولو للاجماع
السابق ، أولاً لأنها حيث يكون التعليق على الوصف المعلوم مناسبتها ، أولاً أن المراد منها
زوال الحكم عن الفرد الفاق للوصف من أصله ، لا الذي تلبس به ثم زال عنه ، أو لغير
ذلك ، مما يشترك في كون المدار هنا على ما عرفت ، من أن وجود الكيل والوزن في
ذلك العصر كاف في تحقق الربا كما ان الجزافية مثلاً فيه تكفي في تحقق عدمه .

فتحصل أن المدار المتصف بكل منهما في ذلك الزمان ، وفي مضمرة على بن ابراهيم
الطويل (١) ولا ينظر فيما يكال أو يوزن إلا إلى العامة ولا يؤخذ فيه بالخاصة فإن قوماً
يكيلون اللحم ويكيلون الجوز فلا يعتبر بهم ، لأن أصل اللحم أن يوزن ، وأصل الجوز
أن يعدّ وهو مؤيد بما ذكرنا في الجملة ، ولعل العلم باتفاق البلدان في هذا الزمان على
أحدهما ، مع عدم العلم بالحدوث ، بل اتفاق بعضهم عدم العلم بخلاف الباقي كاف ، في
اثباته فيه ، لأصالة عدم التغير والاتصال من صفة أخرى .

وإليه أشار المصنف بقوله ﴿ وما جهل الحال فيه ، رجع إلى عادة البلد ﴾ وأما ﴿ إن
اختلفت البلدان فيه ﴾ على وجه لم يعلم عادة عصره ﷺ ، فالمشهور بين المتأخرين بل لعل
عليه عامتهم أنه ﴿ كان لكل بلد حكم نفسه ﴾ ، وهو المحكي عن المبسوط والقاضي معللين
له بالأصل في الجملة ، وأن المعتبر العرف والعادة عند عدم الشرع ، وكما أن عرف تلك البلد
التقدير فيلزمه حكمه عرف الآخر الجزاف مثلاً فيلزمه حكمه صر فالخطاب إلى المتعارف
من الجائمين ، ورد الناس إلى عوائدهم ، كما في القبض والحرز والإحياء وإلزام الخطاب

بما لا يفهم ، فيكون قد قام العرف الخاص مقام العام عند افتائه ، وهو مخالف لما سمعته من خبر على بن ابراهيم (١) ويجب تقييده أيضا بما إذا لم يعلم سبق الاختلاف بالاتفاق ، فإن المتجه حينئذ عدم الرتبة ، وإن لم يعلم أن الاتفاق كان على عدم التقدير ، ضرورة الاكتفاء في نفي الحرمة باحتمال عدم التقدير ، للأصل وغيره .

أما ما لم يعلم فقد يتجه ذلك ؛ لكن لما ذكره ، بل لا يستصحب هذا الحال إلى زمن الخطاب ، فينساق الذهن حينئذ إلى أن لكل بلد حكم نفسه ، إذ هو صادق عليه اسم التقدير وعدمه ، والأول علة للربا كما أن الثاني علة لعدمه ، فأعمالهما معاً بعد عدم الترجيح بينهما يقضي بذلك ، وليس ذاك تنزيل اللفظ على العرف الخاص المتعدد الذي هو واضح البطلان ، كما حرر في الأصول ؛ ضرورة أن الاختلاف بين البلدين مثلاً بالتقدير وعدمه ، لا في معنى اللفظ - وبينهما بون ، كما أن الحكم المزبور لا ينافي ما تقدم سابقاً من الاكتفاء في جريان حكم الرتبة بالتقدير وإن زال ، القاضى بعدم دوران الحكم مدار الوصف ، وإلا لا تنفى بالتفاد ؛ إذ هو هنا أيضاً كذلك ، فإنه وإن أعطينا كل بلد حكمه ، لكن ليس لدوران الحكم على الوصف وجوداً وعدمه ، بل لدورانه على أصل ثبوت الوصف كما في سابق التقدير ، فيجرى حينئذ حكم الرتبة في بلاد التقدير وإن زال ، ولا يجرى في بلاد الجواز وإن فُذر ، بناء على أن ذلك كذلك في المعلوم حاله في عصر النبي ﷺ .

نعم قد يشكك ذلك بأن المختلف في بلدين مثلاً لا يدخل تحت إطلاق أحد الخطأ بين ، لأن مصداق لكل منهما ، ففضية الأصل عدم حرمة الرتبة بأوربما يؤيده خبر على بن ابراهيم (٢) السابق إلا أنني لم أجده قائلًا به هنا بل ولا من احتمله ، وبمنع مثل ذلك في الشرع إذ المعلوم منه أن الأشياء منها ما لا يصح بيعها إلا بالتقدير ، ولتوقف رفع

الجهالة عليها ومثلها لا ينبغي اختلاف البلدان، بل لابد من الحكم بفساد فعل فاقدة التقدير، ومنها لا يعتبر فيها ذلك، فيجوز بيعها مقدرة وبلا تقدير واختلاف البلدان في هذه بان كان التعارف في بعضها التقدير وفي الآخر العدم، غير قادر في عدم الرأيا فيها، لعدم اشتراط صحة بيعها بالتقدير، فيجوز بيعها بدونه في بلاد التقدير، فلم يتحقق شرط الرأيا، ودعوى إمكان توقف رفع الجهالة على التقدير في بلاد دون أخرى، يمكن منعها حينئذ فمفروض المسألة حينئذ لابد وأن يكون من الثاني، حملاً لأفعال المسلمين على الصحة، فلا يجري فيه الرأيا، بل احتمال ذلك فيه كاف في رفع الحرمة ولكن قد يدفع ذلك كله وغيره بالاجماع المركب إن لم يكن البسيط، إذاً أقوال في المسألة ثلاثة أشهر هاهنا عرفت.

﴿وقيل﴾ والقائل الشيخ في النهاية وسنار فيما حكى عند ﴿يغلب جانب التقدير ويثبت التحريم﴾ حينئذ ﴿عموماً﴾ عن غير فرق بين بلد الكيل والوزن والجزاف، وعن فخر المحققين أنه قواه، ولعله لصدق التقدير، وإن كان يعارضه صدق عدمه، وكما أن الاول مناط الرأيا، كذلك الثاني مناط عدمه، وأساءة الجواز الاستفادة من إطلاق الأدلة وعمومها تقتضي الجواز، ولا يعارضها إطلاق حرمة الرأيا بعد تقييده باشتراط الوزن والكيل.

وقيل والقائل المفيد: إن تساوت الأحوال فيه غلب جانب التقدير، والأرجح الأغلب، ولعل المشكوك عنده من المتساوي ترجيحاً له بغلبته على غيره، بخلاف الأول الموافق جريان الرأيا فيه للاحتياط، ولقوله عليه السلام (١) «ما اجتمع الحرام والحلال إلا وغلب الحرام، الحلال» لكن لا يخفى عليك عدم وجوب مراعاة الاول عندنا، وعدم تناول الثاني لمانحن فيه.

نعم يؤيد القولين معاً ما ذكرناه من أنهما موافقان لعمومية الحكم وأن الشيء إما ربوي أولاً، لأنه ربوي في مكان دون آخر، بل قد يظهر من بعضهم أنه كذلك في الزمان أيضاً، لكن ومع ذلك فالوقوف على المشهور أولى، وإن كان الاحتياط

لا ينبغي تركه؛ خصوصاً بعد أن حكى الميل إلى قول المفيد جماعة من المتأخرين والله أعلم.

﴿و﴾ كيف كان ف ﴿المراعى فى المساوات﴾ المسوغة لبيع المتجانس كيلاً أو وزناً ﴿وقت الابتياح﴾ فيجوز حينئذ بيع كل ماله حالاً رطوبة وجفاف، بعضه ببعض مع تساوى الحالين، كالرطب بمثله والعنب بمثله، والفواكه الرطبة بمثلها، واللحم الطرى بمثله، والحنطة المبلولة بمثلها، والتمر والزبيب والفاكهة الجافة والمقدد والحنطة اليابسة كل واحد بمثله، بلا خلاف أجده فيه، بل فى التحذير القطع به الجارى مجرى الإجماع، بل عن نهاية الأحكام نسبتة إلى علماؤنا للأصل السالم عن معارضة التفاضل حالة العقد، ولأنه وجد التماثل فيهما فى الحال على وجه لا ينفرد أحدهما بالنقص كببيع اللبن باللبن.

وكذلك جميع الأشياء الرطبة بعضها ببعض سواء كان لها حالة جفاف أولاً، كالبطبخ الذى لا يرب، والعنب الذى لا يرب، والبطيخ ونحوه، وكذا بيع الباس بمثله، فيندرج حينئذ فى جميع ما تقتضى الجواز، كما أنه يخرج عما يقتضى المنع بل ما سمعه من نصوص (١) المسألة الآتية ظاهرة فى الجواز فيه، لكنه قد يقال بوجوب تقييد ذلك بما إذا لم تختلف كيفية الرطوبة بما لا يتسامح فى مثله بالعادة، وإلا كان إلحاقه بالمسألة الآتية أى بيع الرطب بالجاف أولى، بل قد يناقش فى الجواز فى غيره أيضاً بفحوى ما سمعه من النصوص الآتية، الدالة على منع بيع ما ينقص إذا جف بجنسه الجاف؛ معللة له بذلك، ضرورة إقتضاها الحرمة بعدم المساوات المتأخرة عن وقت الابتياح، فهى حينئذ شرط فى الجواز، والشك فيها شك فيه، ومع فرض رطوبة العوضين معاً لم يعلم مساواتهما بعد الجفاف قطعاً، لاحتمال زيادته فى واحد دون الآخر، اللهم الآن تدفع بمنع اقتضاء تلك النصوص شرطية

المساواة على الوجه المزبور ، بل أقصاها الحرمة بتحقيق النقصان عند العقد ، وهو منتف في الغرض قطعاً ، لاحتمال المساواة في الواقع .
نعم لو علم حال البيع بنقصان أحدهما من الآخر بعد الجفاف ، اتجه الإلحاق بالمسألة الآتية ؛ أما إذا لم يعلم وقت الإبتياح فلا معارض لما يقتضي الصحة من النصوص وغيرها ، بل مقتضى إطلاقها ذلك وإن تحقق النقصان متأخراً عن وقت الإبتياح ، وإن كان لا يخلو من تأمل في الجملة ، بل خيرة المصنف تبعاً للمحكي عن الشيخ في مبسوطه وخلافه و ابن زهرة وإدريس وكاشف الرموز الاكتفاء بالمساواة وقت الإبتياح ، وإن علم النقصان حاله بعد ذلك .

﴿فلو باع لحماً نياً بمقدد متساوياً جاز، وكذا الوبايع بسرا برطب ، وكذا لو باع حنطة مبلولة بياسة ، لتحقق المماثلة﴾ فيخرج عماد على حرمة الربا ، و يدخل فيما دل على الجواز ، بعد عدم حجائية منصوص العلة في غير ذي العلة ، ﴿وقيل بالمنع﴾ والقائل القديمان والشيخ في موضع من المبسوط ، والوسيلة ، والتذكرة ، والتحرير ، ونهاية الأحكام ، والإرشاد ، والمختلف ، والقواعد ، واللمعة ؛ والمقتصر والمهذب ، والتنقيح ، وإيضاح النافع ، والميسرة ، والمسالك ، والروضة ، والدروس ، على ما حكي عن بعضها ، بل في التذكرة أنه المشهور ، وفي التنقيح وعن إيضاح النافع أن عليه القنوى ، ﴿نظراً إلى تحقق النقصان عند الجفاف﴾ فلا تجدي المساواة وقت الإبتياح ؛ وقد أرسله العامة والخاصة في كتب فروعهم عن النبي ﷺ (١) «انه سئل عن بيع الرطب بالتمر فقال : أينقص إذا جف ؟ فقيل له : نعم ، فقال : لا إذا » وكان سؤالهم العلم بالعلم ، لبيان الوجه في التحريم وقد قال : الصادق عليه السلام في صحيح الحلبي (٢) «لا يصلح التمر اليابس بالرطب من أجل أن التمر يابس والرطب رطب فإذا يابس نقص» و

(١) المستدرک ج ٢ ص ٢٨٠

(٢) الوسائل الباب ١٢ - من أبواب الربا الحديث ١ -

في خبر داود بن سرحان (١) لا يصلح التمر بالرطب ، إن الرطب رطب ، والتمر يابس
فإن يابس الرطب نقص» وخبر داود الأثراري (٢) الذي يقرب من ذلك «والباقر عليه السلام
في خبر محمد بن قيس (٣) أن أمير المؤمنين عليه السلام كره أن يباع التمر بالرطب عاجلاً
بمثل كيله إلى أجل من أجل أن التمر ييبس فينقص من كيله بناء على إرادة الحرمة من نفى
الصلاح والكراهة في باب الربا ، لكثرة التعبير بهما عنها فيه خصوصاً في نحو المقام
الذي قد عرفت شهرة الأصحاب عليه ، وخصوصاً بعدما ورد (٤) في نحو ذلك من أن
علياً عليه السلام لا يكره الحلال ، بل في صحيح الحلبي ما يشهد لإرادتها منه ، كما لا يخفى .

والمناقشة في حجية العلة في غير موردتها وأختية ، كما حرر في الأصول ، بل هي
هنا في صحيح الحلبي كالصريحة في التعميم ، ﴿و﴾ يعمل المنع مضافاً ﴿إلى﴾ ذلك ،
﴿انضيا﴾ أجزاء مائية مبهوالة ﴿فمقابلته﴾ أزيد منه بالنسبة إلى أجزاء فعلا فلا مساواة
حال الاتباع حينئذ .

لكن قد يناقش فيه بأنه إتمام في ذى البلل العرضي كالحنطة المبلولة : لافي
مثل العنب ونحوه مما كان الماء فيه أحد أجزائه ، ومن غنا فرق في المحكي عن موضع
من المبسوط بين الحنطة المبلولة وغيرها ، فمنع فيها دون نحو العنب بالزبيب ، وعلى
كل حال فلا ريب في أن المنع مطلقاً أقوى ، ﴿و﴾ منه يعلم أنه لا ينبغي أن يكون ﴿في﴾
بيع الرطب بالتمر ﴿في غير العرية﴾ تردد ﴿كما﴾ وقع من المصنف أنه هو مورد العلة
المزبورة ، وإن قال ﴿والأظهر اختصاصه بالمنع اعتماداً على أشهر الروايتين﴾ رواية
وعمل ، بل هو المشهور بين الأصحاب نقلاً وتحصيلاً ، بل في الغنية وعن الخلاف الإجماع
عليه ، وهما الحجّة بعد النصوص السابقة التي لا وجه للمناقشة فيها باحتمال حملها

(١ و ٢ و ٣) الوسائل الباب ١٤- من أبواب الربا الحديث ٦-٧-٢ .

(٤) الوسائل الباب ١٥- من أبواب الربا الحديث ١

على النسيئة المتفق على منعها فيه ، كما فى التحرير استنادا إلى خبر محمد بن قيس (١) منها ، ضرورة ظهور شمول مفهوم التعلييل للنقد والنسيئة ، ولو أريد الثانى لكان اللازم التعلييل بها ، على أنه لو سلم دلالة خبر محمد بن قيس على ذلك فلا دلالة فيه على العدم فى النقد . كى ينافى غيره من النصوص الذى يراد حملها عليه ، كما أنه لا وجه للمعارضة بالأصل والإطلاقات التى يكفى فى تخصيصها الأقل من ذلك .

وبمؤثق سماعة (٢) قال «سئل أبو عبد الله (ع) عن العنب بالزبيب قال لا يصلح إلا مثلاً بمثل قال والتمر بالرطب مثلاً بمثل» المؤيد بخبر أبي الربيع (٣) فى الجملة «قال لابي عبد الله (عليه السلام) ما ترى فى التمر والبسر الأحمر مثلاً بمثل؟ قال: لا بأس قلت فالبخنج والعنب مثلاً بمثل؟ قال: لا بأس» القاصرين عن المعارضة من وجوه بل قد يحتملان بل قيل: أنه الظاهر إرادة المماثلة بوصفى الرطوبة واليبوسة ، فيكون كل منهما حينئذٍ مشعراً بالمنع مع المخالفة ؛ بل ربما احتتمل فى المؤثق حمله على عنب يابس أو زبيب رطب ، و التفاوت اليسير غير قادح كبيع العسل بالعسل قبل التصفية ، واللحم الطرى بمثله ، بل فى الكافى قلت: والتمر والزبيب قال: مثلاً بمثل فيكون خارجاً عما نحن فيه ، كما أن خبر أبي الربيع كذلك إذ ليس فيه بيع الرطب بالتمر .

نعم أقصاه المتأفة لتعدية العلة ، وقد يحتمل إرادة الرطب من التمر ، فيكون حينئذٍ من قبيل بيع ذى الحالين مع التساوى فيهما ، والمراد بالبخنج فيه مصير العنب المطبوخ بالنار ، وبالعصير ذلك ، قبل أن نمسه النار كما قيل ، ولعله مما ينقصه التجفيف ؛ لا الجفاف بنفسه ، وستسمع الحال فيه كل ذلك مع ندرة الخلاف ، لا نحصره فيما أجدنى المحكى عن الاستبصار الذى لم يعد للفتوى ، وموضع من المبسوط ، وابن إدريس فجوزاه على كراهية ، بل قال الثانى منهما : أن مذهبنا ترك التعلييل والقياس ، لأنه

كان يلزم عليه أنه لا يجوز بيع رطل من العنب برطل من الزبيب ، وهذا لا يقول به أحد من أصحابنا بغير خلاف ، وهو كما ترى .

نعم تبعهما بعض متأخري المتأخرين ولو زاد في الرطب بما يساوى نقيصة الجفاف لم يرتفع المانع ، سواء كانت الزيادة من الجنس أو المخالف لفوات التساوى حال الابتاع ، كما أنه كذلك لو نقص في التمر ، وفي التحرير الاتفاق على منع بيع أحدهما بالآخر متفاضلاً ، نعم لو نقص الرطب و ضم إليه من غير جنسه وباعه بالتمر صحت ، ولو فرض زيادة أحد العوضين على حال الابتاع من غير نقيصة للآخر جاز بعد احراز المساواة حال البيع ، للأصل والإطلاقات السالمة عن معارضة تعدية العلة ، اللهم إلا أن يدعى ظهورها في إرادة المثال ، ولو كان النقصان بالجفاف يسيراً قلته العوضين جرى عليه حكم الرطب في وجهه ، لكونه مما لا يتسامح فيه حال الكثرة ، وربما يؤمى إليه ترك الاستئصال في منع بيع الرطب بالتمر ، كما أن المتسامح به حال الكثرة لا يقدح في القلة وإن تفاخس ، وقد يقوى في النظر ملاحظة أشخاص الأعراض في ذلك ، ولو كان مما ينقصه التجفيف لا الجفاف أمكن إلا اكتفاء بالمساواة حال البيع ، إذ الم يكن معظم الابتاع به متوقفاً على التجفيف ، وأنه متخذ عادة لذلك ، وكذا يكتفى بالمساواة في وجه لو كان مما يعود نقصه ، لا عتبار رش الماء عليه والله أعلم .

﴿ فروع ﴾

﴿ الأول : إذا كانا ﴾ أي العوض والمعووض ﴿ في حكم الجنس الواحد وأحدهما مكيل والاخر موزون كالحنطة والدقيق فبيع أحدهما بالآخر وزناً جازي ﴾ مع التساوى وإن تفاوت بالكيل وفاق للمحكي عن المبسوط والسرائر والقاضي ، وبه صرح في التحرير والمسالك وغيرهما ، للإطلاقات وصدق بيع المثل بالمثل ، وفي صحيح زرارة (١) «الدقيق بالحنطة والسويق بالدقيق مثلاً بمثل لا بأس به» وقال محمد بن مسلم (٢) للباق (٣) في

(٢٠١) الوسائل الباب ٩ - من أبواب الربا الحديث ٣ - ١ وفي الأخير باختلاف يسير

المتماثلة بالتساوي في المقدار الذي جعله الشارع معياراً لهما وهو الكيل ، وإن اختلفت في غيره مما لم يجعله معياراً ، وقول الشيخ أن الاحوط الوزن ، لأن الدقيق أخف من الحنطة غير جيد ، لأنه من هذه الحثية كان الأحوط الكيل ، إذ تساويهما في الوزن يقتضى التفاضل بينهما فيما جعله الشارع معياراً لهما وهو الكيل الذي نهى عنه ، وتساويهما في الكيل يقتضى تماثلهما فيما جعله الشارع معياراً لهما الذي أمر به ، وإن اختلفا فيما سواه .

قلت: لكن هذا كله خروج عما نحن فيه من بيان حكم ما لو اختلف ما هو كالجنس الواحد في التقدير ودعوى إمتناع ذلك لتبعية الفروع للأصول كما يؤمى إليه أول كلامه ، واضحة المنع ، وربما كانت هي منشأ قوله بأن الدقيق مكيل ، وإلا فالمنقول أنه موزون ، وربما كان في صحيح ابن مسلم (١) إيماء إليه بناء على أن الفضل في الحنطة عليه ، إتما يكون بالوزن في بعض قصص دقاطة الطحان (٢) التصريح باعتباره بالوزن ، كما أن فيه اعتبار الحنطة به ، ولا ينافيه معلومية اعتبارها بالكيل ، إذ يمكن أنها كانت تعتبر بهما .

وكيف كان فالظاهر عدم الخلاف في مفروض المسألة ، لافي مثالها في عدم جواز البيع بالكيل ، وتردذا المصنف والفاضل في التحرير ليس قولاً بل لم أجدهم احتمله غيرهما : بل اقتصر الثاني منهما في القواعد على احتمال تحريم البيع بالكيل والوزن للاختلاف قدراً وتسويغه بالوزن ، لكن في المسالك عن الفاضل أنه اعتبر الكيل فيما هو وأصله ، واستحسنه هو ، وفيه مع أنه لا يتم في نحو الحنطة بالخبز ، أنه لا مدخلة لكيل الأصل في ذلك ، وعن السرائر نفى الخلاف عن عدم جواز بيع الموزون مكيلاً .

والتحقيق في المسألة مبني على تحقيق مسألة أخرى ، وهي جواز بيع الموزون مكيلاً بالعكس وعدمه ، فعن المبسوط إذا كان عادة الحجاز على عهده صلى الله عليه وآله

وسلم في شيء الكيل لم يجز إلا كيلا في سائر البلاد ؛ وما كانت فيه وزناً لم يجز فيه إلا وزناً بخلاف في ذلك كله ، قيل : وظاهره بين المسلمين واحتمل في جامع المقاصد في ذلك ثلثة احتمالات .

الأول - الجواز مطلقاً لاندفاع الغرر والجهالة بذلك ، واعتبار الشارع له بالكيل مثلاً لا يقضى بعدم حصول العلم بدونه ، مضافاً إلى أصالة صحة البيع ، ثم أجاب عما لعنه يوردها من منع بيعه بجنسه كذلك ، بأن ذلك إنما هو لأجل الحذر من التفاوت ، لا لحصول الجهالة ، الثاني - عدم الجواز مطلقاً ، لأن كلا من المعيارين بالإضافة إلى ما علم بالآخر غير محصل للعلم بالمقدار فلا يندفع به الغرر ، ثم قال : وفيه منع الثالث - التفصيل بجواز بيع المكيل موزوناً ودون العكس ، قال : ويظهر من التذكرة إختياره ، والمستند فيه أن الوزن أصل المكيل ، ولم يثبت مرادهم منه ، فإن أرادوا أن الكيل طار على الوزن فغير واضح ، لأن المفروض أن المكيل لم يكن موزوناً ، وإن أرادوا أن الوزن أدل على المقدار ، فغير ظاهر أيضاً ، لأن مقدار معيار الكيل إنما هو باعتبار حجمه لا باعتبار ثقله وخفته ، وإن أرادوا أغلبيته في أكثر الأشياء ، فيكون الأصل بمعنى الراجح ، فشرعاً غير معلوم ، والعرف لا يرجع إليه فيما ثبت حكمه شرعاً ، هذا كله في غير البيع بالجنس .

أما فيه فقد صرح غير واحد بوجوب ذلك الاعتبار فيه فلا يباع المكيل بجنسه إلا مكيلاً ، وكذا الموزون ، وإن قلنا بالجواز في غيره ، بل قيل إنه مجمع عليه في الظاهر ، قال في التذكرة : « ما أصله الكيل بجوزيعة وزناً سلفاً ومعجلاً ، ولا بجوزيعة بمثله وزناً ، لأن الفرض في السلف والمعجل تعيين الجنس ومعرفة المقدار ، وهو يحصل بهما ، والفرض المساواة فاختم المنع في بعضه ببعض به .

وفي المختلف « قال ابن ادريس : يجوز أن يسلف في المكيل من الجبوب الأدهان وزناً وفي الموزون كيلاً إذا كان يمكن كيله ؛ ولا يتجافى في المكيال ، ولا يجوز بيع الجنس الواحد فيما يجري فيه الربا بعضه ببعض وزناً إذا كان أصله الكيل ، و

لا كيلاً إذا كان أصله الوزن . والفرق أن المقصود من السلم معرفة مقدار المسلم فيه ، حتى يزول عنه الجهالة ، وذلك يحصل بأيهما قدر من كيل أو وزن ، وليس كذلك ما يجري فيه الربا فإن الشارع أوجب علينا التساوى والتماثل بالكيل في المكيلات وبالوزن في الموزونات ، فإذا باع المكيل بعضه ببعض وزناً فإدخاله إلى الكيل جاز أن يتفاضل لنقل أحدهما وخفة الآخر ، فلذلك افترقا ، ويجوز بيع المكيل بالوزن ، ولا يجوز بيع الموزون بالكيل ، وعن المبسوط في باب السلم « لا يجوز بيع الجنس الواحد فيما يجري فيه الربا بعضه ببعض وزناً ، إذا كان أصله الكيل ، ولا كيلاً إذا كان أصله الوزن »

وفي القواعد « هنا لا يجوز بيع الموزون بجنسه جزافاً ولا مكيلاً ولا المكيل جزافاً ولا موزوناً » وفي باب السلم تردد في جواز السلف في المكيل موزناً وبالعكس ، وفي المختلف هنا « الأقرب عندي أن المكيل لا يباع بعضه ببعض بالوزن مع احتمال التفاوت ، وكذا العكس » إلى غير ذلك من كلماتهم المتفرقة ، لكن في المسالك في شرح قول المصنف فيجوز بيع المتجانسين وزناً بوزن نقداً « هذا إذا كان أصلهما الوزن ، أما لو كان أصلهما الكيل ففي الاكتفاء بتساويهما وزناً خاصة نظر من كون الوزن أضبط حتى قيل : إنه أصل للكيل ، ومن ورود الشرع و العرف بالكيل ، فلا يعتبر بغيره ، وظاهر كلام المصنف إختيار الأول ، وهو متجه ، ونقل بعضهم الإجماع على جواز بيع الحنطة والشعير وزناً ، مع الإجماع على كونهما مكيلين في عهده ﷺ . »

قلت وعن التذكرة أيضاً إجماع الأمة على أنهما والملح والتمر كانت مكيله في عهده ﷺ ، قال : « فلا يباع بعضها ببعض الامكيلة ، ولا يجوز بيع شيء منها بشيء آخر من جنسها وزناً » ونحوه قال : في الموزون أيضاً ، قلت : التحقيق في أطراف المسألة أنه لا ريب في أن الإطلاقات تقتضي صحة البيع مع تعارف الكيل في الموزون أصلاً وبالعكس ، ولادليل يدل على وجوب اعتبار أصله صالح لتقييدها ، بل السيرة القاطعة على بيع ما ذكروا أنها مكيلة في عهده بالوزن ، عاضدة لها ، بل لمدليل القرر والجهالة

ج ٢٣ (في جواز البيع بالكيل في الموزون وبالعكس مع التعارف متساوياً) - ٣٧٥-

يقضى بعدم جواز البيع بالاعتبار الأصلي، بعد أن كان المتعارف غيره، ضرورة حصولهما به بعد نسخ الأصل ورفضه، وإن كان قد لوحظ في ابتداء التعارف حتى يصح البيع. ومنه يعلم أنه لا يجوز بيع ما كان المتعارف كيله بالوزن حال تعارف كيله وبالعكس ضرورة حصول الجهالة والغرر بذلك، إذ الوزن لمتعارف الكيل مثلاً كالكيال المجهول وكالوزن بصخرة مجهولة ودعوى أصالة الوزن للكيل قد عرفت المراد بها، وعدم ثبوتها على وجه يجدي.

فتحصل أن الأقوى اعتبار التعارف في ذلك، وهو مختلف باختلاف الأزمنة والامكنة، ولا فرق في ذلك بين البيع بالجنس وغيره، فالموزون الذي كان يتعارف كيله في السابق يجري فيه الربا باعتبار الوزن لعدم صحة بيعه كيلاً على ما ذكرنا، وكذا المكيل، والتساوي والتفاضل المذكور في الأدلة ينصرف إلى ما تعارف من الاعتبار لذلك البيع، كما هو واضح.

ألهم، إلا أن يقال: أنه بالنسبة إلى رفع الربا يعتبر التساوي بالمعيار الأصلي، وإن كان لا يباع إلا بالوزن فيعتبر مساوئه مثلاً بالكيل ليسلم من الربا ثم يوزن إذا أريد بيعه، وإن حصل التفاضل فيه، ولكن مقتضى ذلك أن التساوي في الوزن المتعارف لا يكفي، والتفاضل فيه بعد التساوي في الكيل لا يقدح، والتزامه في غاية الصعوبة، وليس في الأدلة ما يشهد له، والإجماع السابق من التثنيح إنما هو في جريان الربا على المعتبر أصلاً وإن تعارف جزأفته، وعدمه وإن تعارف اعتباره، فليس حينئذ إلا ما ذكرناه فتأمل جيداً.

ولو فرض تعارف الكيل والوزن فيه جاز البيع بكل منهما مع التساوي فيه، وإن اختلف في التقدير الآخر، ومن ذلك يعلم أن الأقوى في موضوع مسألة المتن عدم الجواز بالكيل وبالوزن، لاستلزام كل منهما تقدير أحدهما بغير المتعارف في تقديره، وتعارف كيل الأصل أو وزنه غير مجد في الفرع بعد فرض حصول التعارف فيه على

خلاف اصله .

نعم لو فرض أن أحدهما مكيل وموزون ؛ والآخر موزون خاصة ، أو مكيل كذلك جاز بيعهما بالتقدير المشترك بينهما دون المختص بأحدهما وبهذا يظهر لك النظر في جملة مما تقدم وغيره ، خصوصاً مثل عبارة المصنف وغيرها كما لا يخفى على من لاحظ كلماتهم ، لكن بقي شيء ، وهو أنه وإن قلنا أن التحقيق عدم الجواز في موضوع مسألة المتن ، إلا أن الظاهر عدم كون الحنطة والدقيق من ذلك ، فإن النصوص والفتاوى اتفقت على الجواز فيها ، بل في التذكرة الإجماع عليه .

نعم ليس في شيء من النصوص ما يدل على أن أحدهما لا يباع إلا كيلاً ولا آخر لا يباع إلا وزناً ، كى يكون ذلك مثلاً لموضوع المسألة ، فيمكن كونهما معاً مكيلين و يمكن كونهما معاً موزونين ويمكن كونهما يباعان بهما ، أو أن أحدهما كذلك دون الآخر وقد وقع البيع بالاعتبار المشترك ، فلا منافاة حينئذ بين ما ذكرناه وبين هذه النصوص ، ومعقد إجماع التذكرة ومن الغريب احتمال الحرمة في القواعد في خصوص ذلك والله أعلم .
الفرع ﴿الثاني بيع العنب بالزبيب جاز﴾ عند المصنف ومن عرفت سابقاً ممن لا بعدى العلة ﴿وقيل لا ، إطراداً للعلة الرطب بالتمر﴾ هـ لا ﴿الأول أشبه﴾ عندنا كما عرفت الحال فيه ، وكذا البحث في كل رطب مع بابسه ﴿

الفرع ﴿الثالث يجوز بيع الأدقة بعضها ببعض مثلاً بمثل﴾ مع اتحاد الجنس ، و متفاضلاً مع اختلافه ، من غير فرق بين الناعمين والخشنيين ، والناهم والخشن ، باختلاف أجده في شيء من ذلك بيننا ، للإطلاقات ، وعن الشافعي في القديم والجديد أنه لا يجوز بيع الدقيق بالدقيق مع اتحاد الجنس ، وعن أبي حنيفة عدم جواز بيع الناعم بالخشن ، ولا ريب في فسادهما ، ﴿و﴾ كذا يجوز بيع ﴿الخباز﴾ بعضها ببعض متساوياً مع اتحاد الجنس ، ومتفاضلاً مع اختلافه ، نعم يعتبر في الأول الإتحاد أيضاً في الرطوبة واليبوسة وإلجاء البحث السابق باختلاف أجده في شيء من ذلك بيننا ، لأطلاق الأدلة ، وعن

الشافعي أنه لا يجوز بيع أحدهما بالآخر إذا كانا رطبين، بل عنه في كتاب الصرف أنه لا يجوز أيضاً إذا كانا يابسين مدقوقين يمكن كيلهما، ولا ريب في فساد.

﴿و﴾ كذا يجوز بيع ﴿الخلول﴾ بعضها ببعض متساوياً مع اتحاد الجنس، و متفاضلاً مع اختلافه، باختلاف أجده بيننا من غير فرق في أفراد الخل بين المعتصرويين الممزوج بالماء، فيجوز حينئذ عندنا كما في التذكرة بيع خل العنب بالزبيب لاتحاد أصلهما، خلافاً للشافعي فلا يجوز، لأن في خل الزبيب ماء، وفيه أنه غير مانع إذهوان أفاد اختلاف الحقيقة جاز متفاضلاً، وإلزاماً متساوياً، وكذا خل الزبيب بخل الزبيب عندنا، كما عن التذكرة أيضاً خلافاً له أيضاً، لأن في كل منهما ماء قال: وإن قلنا في الماء رباً لم يجز، بمعنى جواز تفاضل الزبيب والماء، وهو كما ترى، وكذا خل التمر بخل التمر عندنا، كما في التذكرة خلافاً له أيضاً.

أما خل التمر بالزبيب فلا إشكال فيه عندنا أيضاً لاختلاف الجنس، وعن الشافعي أنه إن قلنا في الماء رباً لم يجز وإن قلنا لا رباً فيه جاز، وفساده واضح عندنا، وأما بيع الدبس بالدبس فيجوز عندنا متساوياً كما في التذكرة مع اتحاد أصله ومتفاضلاً مع اختلافه وعن الشافعي المنع للاشتغال على الماء ويجوز عندنا أيضاً بيع الدبس بالتمر مع اتحاد الأصل متساوياً ومنعه الشافعي أيضاً، ويجوز بيع خل العنب بعصيره متساوياً عندنا كما في التذكرة وبالجملة لا ريب في الجواز عندنا في هذه كلها وغيرها ﴿وان﴾ جهل مقدار ما في كل واحد من الرطوبة ﴿في بعضها﴾ اعتماداً على تناول الاسم ﴿وقد تقدم لك تمام البحث في ذلك﴾.

ومنه يعلم ما في المسالك هنا «قال لا بد في الجواز من اشتراكهما في أصل الرطوبة أي الأخباز في الرطوبة فلو كان أحد الخبز رطباً والآخر يابساً لم يصح» بناء على ما سلف من القاعدة، وفي العبارة إشارة إليه حيث أثبت لكل واحدة رطوبة جهل مقدارها، ولو علم أن رطوبة أحدهما أكثر من رطوبة الآخر مع اشتراكهما في الأصل، ففي الجواز

نظر ، من صدق الاسم في المثليين ، ومن العلم بزيادة حقيقة أحدهما على الآخر ،
ولعل الأقرب الجواز ، لأن الرطوبة غير مقصودة ، والحقيقة مطلقة عليهما ،
وكذا لو علمت الرطوبة في أحدهما ، وانتفت من الآخر ؛ كمثل الزبيب و خل
العنب الخالص .

قلت : عرفت أنه لا يكفي الاتحاد في الحقيقة والمساواة عند الإتياع ، بل لابد من
مراعات عدم انقصان فسي أحدهما عن الآخر بعد ذلك ، للأخبار السابقة ، فإذا فرض
عدمه صح ؛ وإن كانت الرطوبة في أحدهما عارضيه كخل الزبيب إلا أنها صارت من
أجزاء الحقيقة ، فلاحظ ما تقدم سابقا وتأمل . والله أعلم .

﴿تمة فيها مسائل﴾

﴿الأولى: لاربا بين الوالد وولده﴾ إجماعاً محكياً مستفيضاً، إن لم يكن متواتراً،
صريحاً وظاهراً ، بل يمكن تحصيله، إذ لا خلاف فيه إلا من المرتضى في الموصليات ، لكن
في الإقتصار بعد أن ذكر مما انفردت به الإمامية القول بأنه لاربا بين الولد والدة ، ولا بين
الزوج وزوجته ، ولا بين الذمي والمسلم ، ولا بين العبد ومولاه ، وخالف باقي الفقهاء ،
قال : «وقد كتبت قديماً في جواب مسائل وردت علي من الموصلي وتأولت الأخبار التي
يرونها أصحابنا المتضمنة لنفي الربا بين من ذكرناه ، على أن المراد بذلك وإن كان
بلفظ الخبر - معنى الأمر ، كأنه قال: يجب أن يقع بين من ذكرناه ربا، كما قال تعالى (١)
«من دخله كان آمناً» وكفوله تعالى (٢) « فلا رفث ولا فسوق ولا جدال في الحج » و
قوله ﷺ (٣) «العارية مردودة، والزعيم غارم» ومعنى ذلك كله الأمر» إلى أن قال :

(١) سورة آل عمران الآية ٩٧

(٢) سورة البقرة الآية ١٩٧

(٣) جامع الصغير للسيوطي ص ٦٨ طبع عبد الحميد احمد حنفي

«واعتمدنا في نصرة هذا المذهب على عموم ظاهر القرآن، ثم لما تأملت ذلك رجعت عن هذا المذهب، لأنني وجدت أصحابنا مجمعين على نفي الربا بين من ذكرنا، وغير مختلفين فيه في وقت من الاوقات، وإجماع هذه الطائفة قد ثبت أنه حجة، ويخص به ظاهر القرآن».

وهو كما ترى بعد اعترافه بالخطا وأنه مخالف للإجماع في فتواه السابقة، لا يقدح في تحصيل الإجماع، بل هو مؤكده، مضافا إلى خبر عمرو بن جميع (١) الذي رواه المشايخ الثلاثة عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «قال: أمير المؤمنين عليه السلام ليس بين الرجل وولده ربا، وليس بين السيد وعبد ربا، وصحيح زرارة (٢) ومحمد بن مسلم (٣) الذي رواه الكليني والشيخ عن أبي جعفر «ليس بين الرجل وولده، وبينه وبين عبده، ولا بينه وبين أهله ربا، إنما الربا فيما بينك وبين مالك، فالمشركون ^{قلت} بيني وبينهم ربا» قال: نعم، قلت: فأنهم مما ليك، فقال: إنك لست تملكهم، إنما تملكهم مع غيرك، أنت وغيرك فيهم سواء، فالذي بينك وبينهم ليس من ذلك، لأن عبدك ليس مثل عبدك وعبد غيرك.

فمن الغريب دغدغة بعض المتأخرين في الحكم المزبور؛ وكأنه ناشيء من اختلال الطريقة، وإطلاق الخبرين ﴿و﴾ ﴿و﴾ معاقدا لاجتماعات يقضى بأنه ﴿يجوز لكل منهما أخذ الفضل من صاحبه﴾ كما صرح به الحلبي والفاضلان والشهيدان وغيرهم، بل لعل له لا خلاف فيه إلا من الاسكافي، فقال كما في المختلف لأرباب من الوالد وولده إذا أخذ الوالد الفضل، إلا أن يكون له وارث أو عليه دين وهو اجتهد في مقابلة النص والفتوى.

وكيف كان فلا يتعدى الحكم إلى الام لحرمة القياس بعد اختصاص الدليل بغيرها، كما أن الظاهر من النص والفتوى إرادة الولد النسبي دون الرضاعي، وإن احتمله بعضهم؛ ولا إطلاق للمنزلة بحيث يشمل المقام، ضرورة انصرافها للنكاح ونحوه، نعم

قد يتوقف في ولد الزنا من صدق الولد لغة ، ومن انصرافه إلى غيره ، وعموم التحريم قوي ، ولذا صرح جماعة منهم الفاضل وثاني المحققين والشهيد بن بعدم تعدي الحكم إلى ولد الولد ، لكن توقف فيه بعضهم ، بل في الدروس الجزم باللاحق ، وهو لا يخلو من قوة ، وإن كان الأحوط خلافه ، كما أن الأحوط الإقتصار على الذكر ، لأنه المنساق عرفاً ، لكن في التذكرة وجامع المقاصد أنه لا فرق في الولدين الذكر والأنثى ، لشمول الاسم ، وحينئذ لا إشكال في الغنثى ؛ وإن كانت مشكلاً .

نعم قد يتوقف في المشكل منها بناء على اختصاص الحكم بالذكر ، فيحتمل التحريم للعموم ، والحل للأصل (و) ، كذا (لا) ربا (بين المولى ومملوكه) إجماعاً بقسميه وللخبرين السابقين (١) وصحيح على بن جعفر (٢) «سأل أخاه موسى بن جعفر (عليه السلام) عن رجل أعطى عبده عشرة دراهم على أن يؤدي العبد كل شهر عشرة دراهم ، أيحل ذلك؟ قال : لا بأس» بل لا يتصور وقوع الربا بينهما بناء على عدم ملكية العبد ، ولذا قيل أنه كان ينبغي ترك ذكره ممن كان يرى ذلك .

نعم يتجه ذكره بناء على الملكية ومستنده حينئذ ما عرفت ، اللهم إلا أن يقال : إن المراد هنا بالمملوك ما يشمل المكاتب ، والقائل بعدم ملكية العبد يقول بهافيته ، لكن ذلك مبني على إرادة الأعم منه من النص ومعقد الإجماع ، وربما وقف فيه بأن المنساق غيره .

نعم لا فرق بين الفتن والمدبر وأم الولد ، لأقل من الشك فتبقى حرمة الربا على عمومها ، كما أن مقتضاها بل هو الظاهر من النص والفتوى ، بل هو كصريح صحيح زرارة (٣) قصر الحكم على غير المشترك ، كما صرح به جماعة ، بل في المختلف أطلق أصحابنا ، و مقصودهم إذا لم يكن مشتركاً ، وهو كذلك ، ضرورة ظهور النص والفتوى في اتحاد المولى ، وكون المملوك جميعه لا بعضه .

(٢٠١) الرسائل الباب ٧- من أبواب الربا بالحديث ١- ٣- ٤

(٣) الرسائل الباب ٧- من أبواب الربا بالحديث ٣- ٤

لكن قد يقال : إن مثل هذا الظهور لا يرفع حكم المبعوض ، كما في زكاة الفطرة وغيرها مما كان العنوان فيه نحو ما هنا ، بل يظهر من النص " والفتوى اتحاد قاعدة في المبعوض الذي بعضه حر " بالنسبة إلى جريان حكم الملك والحرية على كل من الجزئين ، فضلا عن العبد المشترك بين المالكين الذي يمكن القول فيه بحلته الرأب فيه بالنسبة إلى كل من مولييه ، كما يمكن القول في المبعوض الحر " أنه يصح العقد الربوي فيما قبل الجزء الملك ، وببطل فيما قبل الجزء الحر " ، نحو ما يقال : في المال المشترك بين الوالد وغيره مثلا ، فباعه من الولد لأحدهما - فإنه يصح العقد بالنسبة إلى نصيب الوالد مع زيادته ، وببطل في غيره .

على أن الخبر المزبور (١) - مع احتمال العلة فيه ، إقناعية ، لما تسمع في المشترك الجزئي - ظاهر في نحو المشترك الجنبي الذي هو بين المسلمين ، لا مثل المشترك بين شخصين مثلا ، أو مثل الذي بعضه حر وبعضه رق " (و) كذا " (لا) ربا " (بين الرجل وزوجته) إجماعا أيضا بقسميه ، ولصحيح زرارة (٢) المتقدم سابقا ، مضافا إلى مرسل الصدوق (٣) عن الصادق عليه السلام " ليس بين المسلم وبين النعمي ربا " ، ولابن المرتضى زوجها ربا ، وهو مضاف إلى الفتاوى ومعاقد الإجماعات ، قرينة على إرادة الزوجة من الأهل ، في صحيح زرارة لا غيرها ، ممن هو أهل عرفا ، والأكثر ، كما في الرياض ، والمشهور كما عن الكفاية أنه لا فرق بين الدائمة والمتمتع بها ؛ وبه صرح الشهيدان والعليان .

لكن قد يناقش بعد تسليم صدق اسم الزوجة بل والأهل عليها ، بأن المنساق إلى الذهن الدائمة ، خصوصا إذا كان المتمتع بها إلى أجل قصير ، ولم يكن متخذها لها اتخاذ الزوجة ، بل اتخذها اتخاذ المساجرة ، على أن الدائمة هي التي ثبت لها التفويض في مال الرجل في الجملة ، كأخذ المأدوم ونحوه ، كما أنها هي التي يتسلط الزوج على مالها بحيث

لا يجوز لها العتق إلا بإذنه ، على ما في بعض النصوص (١) بل هما المتحدان في المال عرفاً ؛
مضافاً إلى عموم حرمة الربا التي ينبغي الاقتصار في خلافها على المتيقن .

ولعله لذا تردد المقداد والصيمري كما قيل بل عن التذكرة وإيضاح النافع ومجمع
البرهان ثبوت الربا بينها وبينه ؛ ووجهه ما عرفت ؛ إلا أنه قد يقوى التفصيل بين المتخذة
أهلاً وغيرها ، فلا ربا في الأولى ويثبت في الثانية ، ومنه يظهر وجه التوقف في المطلقة
رجعية إذ هي وإن كانت زوجة إلا أنه قد يمنع صدق أهل عليها ، والاحتياط لا ينبغي
تركه ، وذلك لأن الجمع بين خبري الزوجة والأهل يقتضي اعتبار كل منهما ، فإيهما
شبه العامين من وجه .

﴿و﴾ كذا ﴿لا﴾ ربا ﴿بين المسلم وأهل الحرب﴾ إجماعاً بقسميه أيضاً إذا أخذ
المسلم الفضل ، ولم يرسل الصدوق (٢) والمروني مسنداً في الكافي (٣) قال : «قال رسول
الله ﷺ ليس بيننا وبين أهل حربنا ربا ، فآخذ منهم ألف درهم بدرهم ؛ ولا نعطيهم » و
الضعف غير قادح بعد الانحياز ، كما أن خبر زرارة يمكن إرادة غير أهل الحرب من المشركين
كأهل الذمة ، بناء على جريان الربا فيهم أو غير ذلك ، ولا فرق في الحربي بين المعاهد
 وغيره ، ولا في كونه بين دار الإسلام أو الحرب ، كما صرح به بعضهم بل عن ظاهر الخلاف ،
الإجماع على الأخير .

لكن ينقاش في الأول ، بظهور المرسل في غيرهم من هو مجارب حال المعاملة ،
إن هو كالذمّي الذي ستعرف البحث فيه ؛ مضافاً إلى وجوب الاقتصار فيما خالف
العموم على المتيقن ، والأحوط اجتنابه .

وعلى كل حال فصرح المرسل المزبور أن المراد من نفي الربا بيننا وبينهم
أخذهم منهم ، لا إعطاؤهم كما هو بريح جسارة وظاهر آخريين ، بل لأجد فيه خلافاً

(١) انظر مسائل الباب ٢٤ - من أبواب العتق الحديث ٢

(٢) الوسائل الباب ٧ - من أبواب الربا الحديث ٥ - ٢

صريحاً ، وإن كان قد أطلق بعضهم إلامن القاضي فيما حكى عنه ، فجزأ أخذ كل منهما من الآخر ، لكن لأريب في ضعفه ، لعدم ما يصلح للخروج به عن عموم التحريم .
 ﴿ ويثبت ﴾ الربا ﴿ بين المسلم والذمي ﴾ قطعاً إذا كان الآخذ الذمي وبالعكس
 ﴿ على الأشهر ﴾ بل المشهور نقلاً وتحصيلاً بل عليه عامة المتأخرين إلا النادر ، بل لم أجد فيه خلافاً إلا ما سمعته من المرتضى وحكي عن ابني بابويه والمفيد والقطيفي ، مع أنه قال بعض مشايخنا أني لم أجده ذكره في المقنعة .

ومن ذلك يعلم ما في دعوى المرتضى من الإجماع عليه الذي هو دليل القول به ، والمرسل في الفقيه (١) « ليس بين المسلم والذمي ربا » الذي لا جابر له ، ويمكن حمله على إرادة الحرمة منه ، نحو ما سمعته من المرتضى في نظائره ؛ قبل أن يرجع إلى المشهور ، أو على أنهم حربيون في زمن الغيبة كما استسمع ، على أنه أرسل في النافع رواية معارضة للمرسل ، وإن لم أجدها إلا أن يريد قوله في صحيح زرارة (٢) « المشركون بينهم وبين المسلمين ربا » المؤيد للمعمومات في الجملة ، وحمله على إرادة ثبوته حيث يكون الأخذ من المسلم ، ينفيه ظهوره أو صراحه في الأعم من ذلك ، فلا ريب في أن الأحوط إن لم يكن الأقوى جريان الربا بينهم ؛ إلا إذا خلعوا شرائط الذمة ، فإنهم يكونون حينئذ حربيين ، بل يظهر من بعضهم أنه كذلك في زمن الغيبة وما شابها من قصور اليد ، وإن كانوا لا يفتنلون ، لشبهة الأمان ، ولعله لعدم من يعقد معهم عقد الذمة وشرائطه ، ولم يثبت ولاية حاكم الجور في ذلك ، هذا .

وقد يقال في أصل المسألة أن المراد بنفي الربا بين المسلم والحربي ، يأخذ عنه ولا يعطيه عدم حرمة ذلك على خصوص المسلم الذي له التوصل بكل طريق إلى أخذ مال الحربي ، لأنه هو ماله فيء للمسلم ، فله السرقة ونحوها ، لأن المراد نفي على نحو نفيه بين الولد والوالد ، وحينئذ فالمعاملة بينهما باطلة توجب حرمة الثمن على الكافر

ويحرم عليه دفع الربا، وللمسلم أخذه منه بتوسط هذه المعاملة التي هي فاسدة في الواقع، وصحيحة بزعم الحربي، نحو شراء ولده منه، فأشراء صوري مقدمة الاستيلاء على الولد، ليملكه به، لا بالشراء، كذا ما نحن فيه فإن ملكه لما يأخذه منه بالاستيلاء لا بالبيع الربوي، وربما يؤيد ذلك ما سمعته في صحيح زرارة (١) من ثبوت الربا بيننا وبينهم مطلقاً، ولكن في خصوص الحربي لنا استنفاد ماله منه بالمعاملة المزبورة على حسب ما عرفت.

ومنه يعلم جريان الربا بيننا وبين سائر فرق الكفار المحترمة ما لهم بذمة، أو صلح، أو أمان أو عهد، أو غير ذلك، بخلاف غير محترمي المال، فإن له التوصل إلى الاستيلاء على ما لهم بالمعاملة المزبورة، ليملكه به، لا بها؛ بل الظاهر جواز كل معاملة فاسدة معهم بهذا القصد، لا بقصد ترتب الأثر على المعاملة، وإلا فمن البعيد اختصاص الكافر هنا بحلية دفع الربا للمسلم دون أخذه منه، ودون أخذه من غيره من قومه فتأمل جيداً فإنه دقيق نافع، ومنشأ الوهم الاشتراك مع غيره، بنفي الربا ما عرفت والمراد بهما متغايران والله أعلم.

المسألة الثانية المشهور بين الأصحاب نقلاً وتحصيلاً أنه لا يجوز بيع لحم

بحيوان من جنسه كلحم الغنم بالشاة **﴿﴾** بل في المختلف لم تقف فيه على مخالف من غير ابن إدريس فجوز، وقوله محدث لا يعول عليه؛ ولا يثلم في الإجماع، وفي الدروس نسبته إلى الشذوذ بل عن الخلاف والغنية الإجماع عليه وهو الحجة بعد النبوى (١) وإن كان عامياً على الظاهر **﴿نهى النبي ﷺ عن بيع اللحم بالحيوان﴾** وموثق غياث (٢) على ما قيل عن الصادق **﴿عليه السلام﴾** : «أن أمير المؤمنين كره بيع اللحم بالحيوان» بناء على إرادة الحرمة منها في خصوص المقام ولو لما في المعتبرة (٣) من أنه **﴿عليه السلام﴾** «لا يكره الحلال» كما

(١) المستدرك ج ٢ ص ٣٨٠

(٢) الوسائل الباب ١١ - من أبواب الربا الحديث ١

(٣) الوسائل الباب ١٥ - من أبواب الربا الحديث ١

في بعض وإلا الحرام في آخر، وللأجماعين المعتضدين بالشهرة .
 لأن الحجّة فيه تحقق الربا، كي يرد عليه أن الحيوان غير موزون، إذ الظاهر إرادة
 الحي في محل النزاع، كما اعترف به في المسالك؛ بل هو ظاهر التذكرة أو صريحها،
 كما المحكي عن السرائر بل عن نهاية الأحكام وفخر المحققين وغيرهما جعل النزاع فيه،
 فمأسأه يظهر من المختلف من كون النزاع في الأعم، ومن المحكي من مجمع البرهان
 في خصوص المذبوح في غير محله، كما أن الاستدلال عليه في المحكي عن إيضاح النافع
 بأن القوم أجزوا ما يجري عليه الوزن عادة، مجرى الموزون وإن كان في الحال غير موزون؛
 ولهذا لا يجوز بيع الرطب بالتمر على النخل كذلك أيضاً، ضرورة عدم الدليل على ذلك، بل
 ظاهر الأدلة خلافه، خصوصاً ما دل (١) منها على جواز بيع الثوب بالثوب وبالغزل، لخروجه
 بالصفة عن كونه موزوناً الذي أفتى به الفاضل والشهيد والمحقق الثاني، بل ربما ظهر منهم
 أو بعضهم تعدية الحكم إلى الآنية من الحديد والصفر، إذ لم تجرِ العادة بوزنها؛ بل و
 المصنوع من النقدين كالخاتم والظروف والمراكب المحلاة، فما حكاه عن القوم
 لم تتحققه .

نعم قال في القواعد والتذكرة والمحرر: «إن المراد أي في باب الزبا جنس المكيل
 والموزون، وإن لم يدخله لقلته كالحبّة والحبتين، أو لكثرة كالتربة؛ أي القطعة من
 الحديد»، وظهره كما اعترف به في الحواشي المنسوبة إلى الشهيد وجامع المقاصد أنه
 يجب الكيل والوزن في البيع إذا كان المبيع مكيلاً أو موزوناً بالفعل، فلو بيع ما لا يوزن
 عادة لقلته أو كثرته و جنسه مكيل كفي في صحة بيعه المشاهدة، إذ يبيع بغير جنسه، و
 أمّا إذا بيع بجنسه لم يجز كما في الأول ولا بد من المساواة كيلاً إن كان مكيلاً وإلا فوزناً،
 كما في الثاني، ويمكن أن يكون ذلك في خصوص ما كان المانع من كيله أو وزنه القلة أو
 الكثرة، لا غيرهما من الأحوال، ككون الثمرة على الشجرة ونحوها، مع أنه لا يخلو من نظر.

وبالجملة لا ريب في أنه ليس المنع في كلام الأصحاب هنا ملاحظة الربا، وإلا لما صح إطلاقهم المنع الشامل لصورة المساواة وزيادة اللحم على الحيوان و بالعكس، ولا اتجه لهم المنع حتى في بيع الحيوان بالحيوان الذي من الواضح فساد القول به، وكان منشاء الوهم ذكرهم هذه المسألة في باب الربا، وزاده إليها ما تنقيد غير واحد من الأصحاب المنع بما إذا كان من الجنس ﴿و﴾ أنه ﴿يجوز﴾ البيع ﴿بغير جنسه﴾ كالحم البقر بالشاة ﴿بل هو المشهور بين المتأخرين بل في الغنية والتنقيح الإجماع عليه، بل قيل إن إجماع الخلاف منطبق عليه أيضا، وكانهم فهموا من إطلاق المقنعة والنهاية والمراسم والقاضي على ما حكى عن بعضهم عدم جواز بيع الغنم باللحم وإرادة اللحم من الغنم، بل لعلمهم فهموا ذلك أيضا من خبر غياث (١) .

نعم قيده المصنف بقوله ﴿لكن بشرط أن يكون اللحم حاضرا﴾ ولعله لعدم جواز بيع اللحم نسيئة، كما نص عليه ابن ادریس في المحكي عنه هنا، قال كما في المختلف: ﴿يجوز ذلك أي بيع اللحم بالحيوان إذا كان موزونا سواء اتفق الجنس أو لا يدايد، وسلفا أيضا إن كان اللحم معجلا دون العكس إذ لا يجوز السلف في اللحم، ويجوز في الحيوان، ويأتي تمام الكلام في السلم إنشاء الله تعالى .

وكيف كان فذلك كما ترى لادلالة فيه على أن المنع فيه للربا، إذ ليس في النهاية إلا لا يجوز بيع الغنم باللحم لأجزافا ولا وزنا، ومثلها المقنعة بزيادة لأنه مجهول، ونحوهما غيرهما في عدم الإشارة إلى كون المنع للربا، فلا ريب في بطلان الاستدلال به لهم، بل منه يعلم فساد ما ذكره ابن ادریس حيث احتج على مطلوبه بأن المقتضي للجواز هو قوله تعالى (٢) «أحل الله البيع»، - موجود، والمانع وهو الربا منفي إذ الربا إنما ثبت في الموزون، والحيوان الحي ليس بموزون، إذ فيه ما عرفت من عدم كون المانع الربا، وأجاب

(١) الوسائل الباب - ١١ - من أبواب الربا الحديث - ١

(٢) سورة البقرة الآية - ٢٧٥

عنه في المختلف بالمنع من نفى المانع؛ ومن كون المانع هو الربا خاصة ، ثم قال : ولو قيل بالجواز في الحيوان الحي دون المذبوح جمعاً بين الأدلة كان قويا .

وفيه أنه لا وجه للمنع من نفى المانع إذا احتمل أنه من الربا بتخصيص مادل على اشتراطه بالكيل في غير المقام كما ترى ، وإن جزم به في الرياض على أنه ينبغي جوازه مع المساواة ، مع أن المعظم والجميع أطلقوا المنع .

نعم قيده بعض المتأخرين بغير المساواة بناء منه على أن المنع من جهة الربا مضاف إلى أنه ليس في خبر غياث (١) دلالة على كون المنع من جهة الربا ، كي يقيد به تلك الأدلة ، وأما ذكره من التفصيل فإذ هو إن استجوده الشهيد في حواشيه ، وقال به المحقق الثاني في جامع المقاصد وتعليق الارشاد ، وقوآه الشهيد الثاني في المسالك والروضة ، لكن منشأوه على الظاهر ما أوماً إليه في المختلف من الجمع بين مادل على الحرمة كالرواية ، والإجماع المحكي وإطلاقات الحل والجواز ، فيحمل الأول على ما إذا كان مذبوحا ، لتحقيق شرط الربا فيه ، والثاني على الحي لفقد شرط الربا فيه .

ومن هنا صرح بعضهم بالكراهة في الحي للمشبهة الناشئة من إطلاق القول ، والرواية بالحرمة ، وقد ظهر لك مما ذكرنا ما فيه ، إذ لا حاجة لحمل المنع على كونه من جهة الربا ، كي يحتاج إلى ذلك ، وإلى حمل النص ومعقد الإجماع و الفتاوى المتضمنة للفظ الحيوان والشاة والغنم على خلاف ظاهره ، ضرورة ظهورها جميعا في الحي ؛ على أن تنزيل مادل على الربا على المذبوح قد يناقش فيه ، بأنه غير مكيل ولا موزون قبل السلخ ، بل تعارف في زماننا يبعه جزافا بعد السلخ إذا كان جملة ، بل من المعلوم أن الرأس لا يباع إلا جزافا ، والإكتفاء بموزونة جنسه أي اللحم قد عرفت ما فيه ؛ بل قد يمنع كون جنس الحيوان المذبوح اللحم .

وكذا يظهر لك ما في التذكرة ، فإنه بعد أن ذكر أن المشهور على المنع قال :

«والأقرب عندي الجواز على كراهية ، للأصل السالم عن معارضة ثبوت الربا لفقد شرطه ، وهو التقدير بالكيل أو الوزن ، المنفي في الحيوان الحي ، وأما الكراهية فلاختلاف ، بل صرح بعد في كلامه بأن المنع على تقديره إنما هو من جهة الربا ، وفيه ما عرفت ولعل ما في النافع والتحرير والارشاد من الحكم بالجواز مبنيا على أن كون المنع للربا ، وهو منتف لفقد شرطه ، كالمحكي عن الأبى والخراساني والكاشاني ؛ أولان غياثا تيري لا يعمل بخبره .

وفي الأول ما عرفت ، وفي الثاني مع ان غير واحد وصف الخبر بكونه موثقا ، بل في المختلف أن أصحابنا وثقوه وهو منجبر بما عرفت ، ومعتضد بالاجماعين السابقين ، ومنه يعلم الحال في المناقشة في متنه للتعبير فيه بلفظ الكراهة .

ونحوها المناقشة بأن مقتضاه مطلق المعاوضة ، وأن المنع ولو بغير الجنس و الاصحاب لا يقولون به ، إذ يدفعهما إنصراف البيع والجنس منه ، أو إرادة ذلك منه ولو بمعونة كلام الاصحاب ، واحتمل في الرياض إرادة المثل بذكر البيع في الفتاوى وهو بعيد ، مناف لقاعدة الاقتصار فيما خالف الأصل على المتيقن منعه من النص والفتوى ، فظهر لك من ذلك كله أن قول ابن ادريس ضعيف ، وإن وافقه عليه جماعة ممن تأخر عنه ، كالمصنف في النافع والفاضل والمحقق الثاني والشهيدان في الحواشي والمسالك والروضة وغيرهم ، إلا أن منشأ الجميع ما عرفت مما هو واضح البطلان ، فالقول حينئذ بما عليه المشهور لا يخلو من قوة .

لكن قد ظهر لك من كلام هؤلاء المتأخرين أنه لا إشكال في المنع في المذبوح لوجود شرط الربا فيه ، وقد عرفت المناقشة فيه ، فبناء على ظهور الخبر ومعاهد الاجماع في الحي ، يتجه الجواز حينئذ في المذبوح لعدم شرط الربا فيه ، أللهم إلا أن يدعى الاجماع عليه من الجميع ، ودونه خرب القتاد ، بعد أن علمت أن البحث في تلك العبارات في الحي لا في المذبوح ، كما عن الأردبيلي الجزم به ، ولا في الأعم منه ومن

الحي ، كما عساه يظهر من المختلف ، إلا أن الاحتياط لا ينبغي تركه ، ثم إن الظاهر عدم الفرق في الحكم المزبور بين كون اللحم تمناو مثمنا ، وإن اختص أكثر العبارات بالثاني ، لكن المحكي عن جملة من القدماء التعبير بالأول .

نعم ينبغي الإقتصار ببناء على ما ذكرنا على ما يسمى إحماء ، فالكرش والكبد ونحوهما لا يدخل في المنع ، بل قد يتوقف في اندراج بيع لحم السمك بالسمك الحي ، لعدم انصراف لفظ اللحم إليه ، هذا وربما يقال في أصل المسألة خصوصاً بملاحظة ما سمعته من المعتبرة من التعليل بالجهالة - إن المراد من إطلاق الفتوى من قدامه الأصحاب عدم جواز ما يستعمل من دفع رؤس من الغنم إلى القصاب بمقدار من اللحم يؤخذ منه تدريجاً ، أو يبيع القصاب مقداراً من اللحم في ذمته لصاحبها .

وعلى كل حال فهو باطل لعدم إمكان ضبط اللحم المختلف باختلاف الحيوان زماناً ومكاناً وأكلًا وسمناً وغير ذلك ، فالمراد حينئذ عدم جواز بيع اللحم سلفاً ولا كونه ثمناً نسيئة بالحيوان ، ولعل تخصيص ذلك بالحيوان تنبيهاً على ما كان يستعمله بل ربما استعملوه على نحو المرية من بيعه بمقدار من اللحم منه الذي لا إشكال في بطلانه ، لاتحاد الثمن والمثمن فيه ، كما أن الوجه في ذكر الأصحاب ذلك ، ذكره فيما سمعته من النص وبذلك ينطبق ما سمعته من التعليل بالجهالة ، ضرورة عدمها في الحيوان ، وفي اللحم المشاهد ، وكان التفصيل بالجنس وغيره من المتأخرين الذين توهموا كون موضوعه من الربا ، والأفالقديماء لا تفصيل في كلامهم ، فتأمل جيداً ولا حظ ، فإنه نافع إنشاء الله .

المسألة (الثالثة) لا خلاف بيننا في أنه ﴿ يجوز بيع دجاجة فيها بيضة بدجاجة خالية ﴾ أو فيها بيضة أو بيضة ، لوجود المقتضي من الأصل وغيره ، وعدم المانع ، إذ ليس إلا الربا ، وهو منفي باقتفاء شرطه ، إذ الدجاجة غير مقدرة بالكيل والوزن ، وما في بطنها مادام كذلك كالثمرة على الشجرة - ولأنه تابع غير مقصود ، والمخالف الشافعي ، ولا ريب في ضعفه ، ﴿ وكذلك لا خلاف عندنا في جواز ﴾ بيع شاة في ضرعها لبن بشاة

في ضرعها لبن أو خالية : أو لبن ولو كان من لبن جنسها * ، بل عن التذكرة نسبتة إلى علمائنا العيين ما ذكرنا ، وكذا بيع شاة عليها صوف ، بصوف وشاة ليس عليها صوف ، وبخله ليس عليها تمر بأخرى خالية أو ذات تمر .

المسئلة (الرابعة : القسمة تميز أحد الحقيين) أو الحقوق عن الآخر * وليست بيعاً * عندنا ولا معاوضة ، * فتصح فيما فيه الربا ولو أخذ أحدهما الفضل * للأصل و الإطلاقات وفي المسالك دعوى الوفاق عليه ، ومن جعلها بيعاً مطلقاً ، أومع اشتغالها على الرد ثبت فيها الربا ، * وتجاوز القسمة كيلاً وخرصاً * للأصل * ولو كانت الشركة في رطب وتمر متساويين فأخذ أحدهما الرطب جاز * وإن كان ينقص إذا جف بعد ذلك ، لما عرفت من عدم جريان الربا فعلاً فيها ، فضلاً عن مثل ذلك .

و لكن تفصيل الأمر فيها محرر في كتاب القسمة من القضاء بل والشركة ، فإنه قد ذكرنا بعض الكلام فيه ، والعمدة تحرير كون حصّة الشريك كلياً في المال الخارجى مشاعاً ، على معنى صدقه على أفراد متعددة ؛ وبالقسمة مع القرعة لتمييز ^{حصّة} ويشخص ، أو أنها شائعة في الأجزاء على وجه يكون لكل منهما نصيب في كل جزء فبالقسمة لأبد أن تكون من كل منهما أجزاء من ملكه عند الآخر ، ومقتضى ذلك كونها حينئذ معاوضة ، بل مقتضاه فيما لو كانت الشركة بين الوقف والملك ، تبديل أجزاء الوقف بالملك والعكس ، بل مقتضاه اجتماع مالكين على مملوك واحد إذا قلنا بالجزء الذي لا يتجزى ، فإنه لا يكون قابلاً للقسمة ، وقد اشبعنا الكلام في ذلك في محله ، ولعل أجماعهم على الظاهر هنا بعدم جريان الربا حتى من القائل بعمومه لكل معاوضة مما يؤيد الأول فلاحظ وتأمل .

المسئلة (الخامسة يجوز بيع مكوك من الحنطة بمكوك وفي أحدهما عقد التبن ودقائه) * دون الآخر * وكذا لو كان في أحدهما زوان أو يسير من تراب ، لأنه مما جرت العادة بكونه فيه * فيصدق المساواة معه بلا خلاف أجده فيه بيننا ، لكن عن

المبسوط «وقال قوم: لا يجوز وهو الاحوط» ولعل يدريد من العامة إلا أنه لا ينبغي الأمر بالاحتياط لخلافهم .

نعم لو كان ذلك مما لا يتسامح به في العادة لم يجز لصدق التفاضل ، بل ولا أنه إذا كان الخليط مما له قيمة ، كالشيلم ونحوه ، جاز بصرف زيادة الخالص حينئذ إلى مخالف الجنس ، كما أنه يجوز بحنطة مشتملة على ذلك ، صرف الكل جنس إلى ما يخالفه ، أمّا إذا لم يكن له قيمة لم يجز بالخالص ولا بغيره ، إذا لم يعرف قدر التفاوت ، وإلا جاز على الظاهر ، وليست الحنطتان ذات الترايين كالجنسين الرطبين التي لا يعلم تساويها بعد الجفاف ، ضرورة كون الرطوبة حينئذ من اجزاء الجنس ، وليست هي مستقلة بنفسها ، بخلاف التراب كما هو واضح ، والمكوك : كثبور : مكيال يسع صاعا ونصفا ونصف رطل ، أو ثلاث كيلجات ، والكيلجة : من «سبعة أثمان المن» ، والمن : رطلان : والله اعلم .

المسألة السادسة ❀ لاختلاف بيننا أيضا في أنه ❀ يجوز بيع درهم ودينار ، بدينارين ودرهمين ❀ يكون في الصحة بمنزلة أن ❀ يصرف كل واحد منهما إلى غير جنسه ❀ وإن لم يقصد ذلك ❀ وكذا لو جعل بدل الدينار أو الدرهم شيء من المتاع ، و كذا من تمر ودرهم ، بمدّين أو أمداد ودرهمين أو دراهم ❀ إذ هو وإن لم يكن في كل منهما جنس يخالف الآخر ، إلا أن الزيادة تكون في مقابل الجنس المخالف في أحدهما ، فهو في الصحة حينئذ كذبي الجنس ، ولا خلاف بيننا في الجميع ، بل الإجماع بقسميه عليه ، بل المحكى منه مستفيض جداً إن لم يكن متواترا .

مضافا إلى الأصل والعمومات ، واختصاص أدلة التحريم بحكم التبادر والسياق بغير مفروض المسألة ، والنصوص المستفيضة التي فيها الصحيح وغيره ، منها - ما عن البجلي (١) قال : «سألته عن الصرف فقلت إن الرفقة بما خرجت عجلا فلم أقدر على الدمشقية والبصرية ،

وإنما يجوز (١) «بساير» الدمشقية والبصرية ، فقال : وما الرافقة ؟ فقلت : القوم يترافقون ويجتمعون للخروج فإذا جئوا فرموا بمالهم نقد على الدمشقية والبصرية ، فبعثنا بالغلة فصرفوا ألفاً وخمسمائة درهم منها بألف من الدمشقية والبصرية ، فقال : لا خير في هذا ، فلا يجعلون معها ذهباً لمكان زيادتها ؟ فقلت له : أشتري ألف درهم وديناراً بألفي درهم فقال لا بأس بذلك ، إن أبي كان أجرى على أهل المدينة منى ، وكان يقول : هذا ، فيقولون : إنما هذا الفرار ، لو جاء رجل بدينار لم يعط ألف درهم ؛ ولو جاء بألف درهم لم يعط ألف دينار ، وكان يقول لهم : نعم الشيء الفرار من الحرام إلى الحلال .

وفي صحيحه الآخر (٢) عن أبي عبد الله عليه السلام قال : كان محمد بن المنكدر يقول لأبي جعفر عليه السلام : يا أبا جعفر رحمك الله والله إننا لنعلم أنك لو أخذت ديناراً والصرف ثمانية عشر فدرت المدينة على أن تجد من يعطيك عشرين ما وجدته ، وما هذا إلا فرار ، وكان أبي عليه السلام يقول . صدقت والله ولكنه فرار من باطل إلى حق وفي الصحيح الآخر (٣) عن أبي عبد الله عليه السلام «لا بأس بألف درهم ودرهم ، بألف درهم ودينارين إذا دخل فيها ديناراً أو أقل أو أكثر فلا بأس» إلى غير ذلك من النصوص الدالة على المطلوب .

وربما ظهر منها ما ذكره غير واحد من الأصحاب ، بل نسبته إليهم غير واحد ، مشعرا بدعوى الإجماع عليه ، من صرف كل من الجنس إلى المخالف ، كما أن الزيادة تنصرف إليه إذا كانت في أحدهما ، ومقتضاه حينئذ الصحة فيما لو باع مدمر ودرهما بمدّين ، أو بدرهمين ، أو بمدّين ودرهمين ثم تلف الدرهم أو المدّ قبل قبضه ، فيصح البيع في الأوّل بمدّ أو درهم ، وفي الآخر بمدّين أو درهمين ، لانفساخ البيع شرعاً فيما يقابل الزيادة أو الجنس المخالف ، وإن لم يكن هو مقتضى المقابلة عرفاً ، وهو الذي مال إليه المحقق الثاني ، والشهيد الثاني إذا كان كل من العوضين مشتملاً على جنسين .

(١) هكذا كان في النسخة الأصلية وفي الكافي «بساير» وفي الوسائل نيسابور

(٢) (٣٠٢) الوسائل الباب ٤٠ - من أبواب الصرف الحديث ٢ - ٢

وفيه أن دعوى ظهور الأدلة في الإصراف على الوجه المزبور محل نظر أو منع ،
 إنما المسلم منها بالنسبة إلى حكم الربا ، بمعنى أنه لا يتحقق ويكون كما اؤخست الزيادة
 أو الجنس المخالف في عدم جريان الربا ، لأن المراد جريان سائر الأحكام على ذلك ، حتى
 لو كان مثلاً لما لकिन اختص كل واحد منهما بما يخالفه ، وإن لم يكن مقابلاً لماله وكذا
 بالنسبة إلى حكم الصرف فلو بيع مثلاً فضة وتحاساً بفضة وتحاس لم يجب التقابض في
 المجلس إلا إصراف المزبور إلى غير ذلك من الأحكام التي يصعب التزامها مع عدم ظهور الأدلة
 فيها ، بل في نصوص (١) الصرف الآتية ما يشهد بخلافها ، مضافاً إلى مخالفتها لقواعد المحكمة ،
 خصوصاً الالتزام بضمن لم يكن مقصوداً أنها من على كل حال ، بل لعل المقصود خلافه ، بل
 ظاهر النصوص السابقة (٢) كبعض العبارات أن الضميمة على الوجه المزبور من الجانبين أو
 من جانب واحد ؛ من الحيل الشرعية للتخلص من الربا ، جارية على مقتضى الضوابط ليس
 فيها أثر للتعميد أصلاً ، وإنما به الشارع عليها تنبيهاً ، وإلا فمبناها أنه بذلك يخرج عن صدق
 بيع المتعائسين متفاضلاً ، وذلك لأن أجزاء الثمن مقابلة بأجزاء المضمن على الإشاعة ،
 فلا تفاضل حينئذ في الجنس الواحد في عقد البيع ، لانضمام جنس آخر معه ، فقول
 الأصحاب بإصراف كل جنس إلى مخالفته أو الزيادة إليه ، يراد به ما ذكرنا ، لأن ذلك حكم
 شرعي تعبدى ، إذ عليه لا تكون حيلة كما هو واضح ، فلا ريب حينئذ في بطلان القول بالصحة
 في الفرض على هذا الوجه .

ومن هنا احتمال غير واحد البطلان في مفروض المسألة ، إذا حصل الربا بعد إسقاط
 ما يقابل التلف بالنسبة ، كما لو باع مداً ودرهما بمدّين ودرهمين مثلاً ، وتلف الدرهم
 المفروض أنه نصف المبيع ، لكون قيمة المدّ درهما بطل البيع في نصف الثمن ، ويبقى
 النصف الآخر ، وحيث كان منزلاً على الإشاعة ، كان النصف في كل من الجنسين ، فيكون
 نصف المدّين ونصف الدرهمين في مقابل المدّ ، فيلزم الزيادة الموجبة للبطلان ، بل

جزم به المحقق الثاني إذا كان المشتعل على الجنسين أحدا العوضين ، والمقابل له في الاخر الزيادة : وكان التالف المخالف ، وكان التقسيط في الباقي يقتضى الزيادة . وفيه منع تحقق الربا بهذه الزيادة التي لم يبن العقد عليها ، وإنما حصلت بالتقسيط ، وإلا لانتج البطلان من أول الأمر ، مع أن الإمامية على خلافه ، في مقابل ما حكى عن الشافعي من البطلان في كل ما اقتضى التقسيط فيه الزيادة ، ورد بأن المعلوم من أدلة الربا حرمة الزيادة في نفس العقد ، لا ما إذا كانت بمقتضى التقسيط في العقد الذي قد وقع المقابلة فيه بالمجموع ، وهو بعينه جار فيما نحن فيه ، ضرورة أن الزيادة المفروضة إما كانت بحسب التقسيط الذي احتيج إليه لمكان التلف ، وإلا فالعقد لا زيادة فيه ، فصحة مستصحية ، وتبعض الصفقة لو سلم عدم خروج الباقي بها عن كونه معاوضة ، وعن كونه بيعا ؛ إلا أن المتيقن من أدلة الربا الزيادة في نفس العقد الأول لا المتجدد .

نعم قد يقال فيما لو انكشف استحقاق بعض الثمن مثلا باعتار تحقق الزيادة حينئذ من أول الأمر وإن كانت مجهولة ، مع أن ظاهر الأصحاب عدم الفرق بين صورتى التلف قبل القبض والخروج مستحقا ، وهو محتاج إلى التأمل .

وكيف كان فلا جد فيما نحن فيه الصحة وإن حصلت الزيادة ، كما عن السيد عميد الدين الجزم به ، مع أنه يمكن فرض التقسيط على وجه لا يستلزم الربا ، بأن يجعل نصف الدرهم التالف مثلا ، في مقابل مثله من الشيء ، ونصفه الآخر في مقابل مدد ونصف من الثمن ، فيكون نصف المدد في مقابل نصف مدد والنصف الآخر في مقابل درهم ونصف حينئذ ، فكل من نصفى المبيع في مقابل ما يساوى درهمين من الجنسين معا ، فلا زيادة في الجنس الواحد .

ولعل وجهه أن أجزاء المبيع لما قبلت بأجزاء الثمن على طريق الشروع ، لم يجب أن يقع التقسيط على وجه يلزم معه المحذور ، فإن صيانة العقد عن الفساد مع إمكان السبيل إليه متعين ، وهو جيد بعد وجود مرجح لدفعه ، ضرورة عدم انحصار التقسيط

الذي يتلخص به من الربا فيه ، إذ يمكن جعل ثلث الدرهم مثلاً في مقابل ثلث درهم من الثمن ، وثلثاه في مقابل مدّ وثلثين من المئمن ، ويجعل ثلث المئمن المبيع في مقابل مثله من الثمن ، وثلثاه في مقابل الباقي من الدرهمين ، وهو درهم وثلثان ، أو يجعل الربع أو ما دونه ، أو ما فوق النصف ، أو غير ذلك من الطرق التي لا ترجح لواحد منها على الآخر .

بل قيل وعلى التقييد يصرف كل جنس إلى ما يخالفه بل ربّما ، رجّح عليها بنصّ الأصحاب إلا أنك قد عرفت ما فيه ، مضافاً إلى أن التحقيق مقابلة أجزاء الثمن بأجزاء المئمن على الإشاعة - لأن المنزل عليه البيع قبل التلف مقابله المجموع بالمجموع من دون تعيين كونه على الإشاعة أو غيره ، فإذا تلف احتجنا إلى التعمين فنحتاج إلى مرجّح ، ضرورة ظهور قصد المتعاملين بمقابلة أجزاء المبيع بأجزاء الثمن على الإشاعة ، وكان الرجوع إليه في التلف وفي العيب وفي ظهور الاستحقاق وغير ذلك من المقامات ، لا بناء العقد عليه ، فظهر حينئذ أن المصحح للبيع هو المنزل عليه عند التلف ، فحينئذ يبطل منه فيما نحن فيه على الإشاعة ، إلا أنه إذا تراخى على ما يتحقق به الزيادة في هذا الحال لم يتحقق الربا ، لما عرفت من ظهور أدلته في الزيادة في نفس العقد .

ومن هنا كان لافرق عندنا في ذلك بين اشتمال كلّ من العوضين على جنسين مختلفين ، وبين اشتمال أحدهما على ذلك ومقابلته بالزيادة ، وإن كان يمكن منع فرض تحقق الزيادة في الأوّل على الجنس الواحد بعد فرض الإشاعة في الأجزاء ، إلا بالتراضي منهما على ما يحصل به ذلك ، وقد عرفت عدم البأس فيه عندنا ، فلا يجب عليهما اختياراً ما لا يتحقق به ذلك تخلصاً من الربا .

- أنه وإن تماسر في إفراده رجعا إلى القرعة أو الحاكم أو أن التخيير للبائع ، لأن الثمن قد انتقل إليه بالعقد ، والمستحق عليه إرجاع أمر كلي فيخير في إفراده أو للمشتري إذا لم يكن قد دفعه إلى البائع ، أو غير ذلك مما لا يحتاج إليه بعدما ذكرنا ،

ومنه يعلم ما في خيرة السيد في الرياض من وجوب التقسيط بما لا يحصل معه الربا والله أعلم .

وكيف كان فقد عرفت مشروعية الاحتيايل في التخلص من الربا ، لصاؤفتوى إذ هو فرار من الباطل إلى الحق ، * وقد يتخلص من الربا أيضا * بأن يبيع أحد المتبايعين سلعته من صاحبه بجنس غير جنسها ، ثم يشتري من الآخر * سلعته * بالثمن * الذي باع به سلعته ، * و * حينئذ * يسقط اعتبار المساواة * ، ضرورة عدم بيع كل منهما بالآخر حتى يشترط ذلك لتخلصا من الربا ، فلو باع مثلا وزنة من الحنطة بعشرة دراهم ، ثم اشترى منه وزنتين بذلك صح .

* وكذا لو وهبه * أحدهما * سلعته ثم وهبه الآخر * الأخرى من غير معاوضة وإلأبني الحال على اختصاص الربا بالبيع وعدمه ، * أو أقرض * سلعته * صاحبه ، ثم أقرضه هو وتبارعا ، وكذا لو تبايعا * متساويا * وهبه الزيادة * إلى غير ذلك مما يخرج عن بيع المجانس بمثله متفاضلا لكن قال المصنف هنا * كل ذلك من غير شرط * وهو متجه في الأخير ، ضرورة حصول الزيادة باشرط أهبة الزيادة ، لما عرفت سابقا من تحقق الربا بالزيادة في العقد ولو حكما كما اشترط الأجل ونحوه ، وفي سابقه على إرادة القرض بشرط قرض الجنس الآخر ، والتباري بعد ذلك ، فإن الظاهر تحقق ربا القرض بمثل ذلك ، بل في الهبة بشرط الهبة ، بناء على عموم الربا للمعاوضات ، إذ الظاهر كون ذلك من الهبة المعوضة ، أما الأول وهو البيع بثمن مخصوص مشروطا عليه ببيع الجنس الآخر بذلك الثمن ، فلا أرى به بأسا ، لوجود مقتضى الصحة ، وعدم المانع ، فإن أراد المصنف ما يشمل ذلك ، كان محلا للنظر ، فتأمل .

وكيف كان فلا يناقش في هذه الحيل - بعدم قصد هذه الأمور أولا وبالذات ، ومن المعلوم تبعية العقود للقصور - لاندفاعها بالمنع من عدم القصد ، بل قصد التخلص من الربا المتوقف على قصد الصحيح من البيع والقرض والهبة وغير هامن العقود كناف في حصول

ما يحتاج إليه البيع من القصد، إذ لا يشترط في القصد إلى عقد قصد جميع الغايات المترتبة عليه، بل يكفي قصد غاية من غاياته، والله أعلم.

المسألة السابعة لاريب في أن مقتضى ما دلّ على حرمة الربا فساد المعاملة المشتملة عليه، وجوب ردّ الزيادة خاصة، المأخوذة بالقرض ونحوه، ضرورة بقاؤها على ملك المالك، معيّنة أو مشاعة، فحكمها حكم غيرهما من الأمور التي للغير، في الرد والصدقة ونحوهما من مسائل الأشتباه. للمال والصاحب أولهما، مما هو مقرر في كتاب الخمس وغيره من محاله، من غير فرق في ذلك بين العلم والجهل.

وأما لو كان الربا في عقد المعاوضة، فالمتجه حينئذ فساد المعاملة فيبقى كلّ من العوضين على ملك صاحبه لا الزيادة خاصة، إذ الفرق بينهما وبين القرض واضح، وحينئذ يجري فيه ما يجري في باقي المعاملات الفاسدة، من غير فرق أيضاً بين العالم والجاهل إلا في الإثم وعدمه، إذ كان غير مقصر في البحث والتفحص، ولولا أنه غير متنبّه، إلا أن الأصحاب هنالم يفرقوا بين الموضوعين، فأطلقوا وجوب ردّ الزيادة إذا كان حال تناولها عالماً بالتحريم، بل نفى بعضهم عنه الخلاف فيه، بل عن المقداد والكركي الإجماع عليه، وهو الحجة مضافاً إلى ما سمعت، قيل: وإلى قوله تعالى (١) «فإن تبتم فلکم رؤس أموالکم» وغيرهما من الآيات الأخر الناصّة هي كالروايات بحرمة الربا الذي هو الزيادة لغة، الموجبة لعدم الملكية، فيلزم الردّ مع معرفتها قدر ما عرفه الصاحب بالضرورة، قلت قد عرفت أن مقتضاها ذلك في الربا في نحو القرض: أمّا البيع فالفساد، وعلى كل حال فالمتجه حينئذ كونه كغيره من الأموال المعترمة، في التصديق به عن المالك إذا لم يتمكن من معرفته، وغير ذلك مما هو مقرر في محله، نعم خلت نصوص المقام التي تستمعها مع أنها في مقام البيان، عن ذكر الحكم باخراج الخمس لو كان مختلطاً بالحلّال، ولم يعرف المقدار ولا الصاحب، بل ظاهر بعضها حلّ الجميع، ولكن لم يعمل بها إلا نادراً من الطائفة، ومع ذلك فظاهر سياقها الجهل بالحرمة خاصة،

فالمعمل بالنصوص (١) المتقدمة في مبحث الخمس العامة لما نحن فيه المفتى بها في المقام أيضاً أقوى منها ، وإن كانت خاصة ، وإن كان جاهلاً بالتحريم لخطأ في التقليد أو الاجتهاد أو غيرهما ، فالمعروف بين المتأخرين بل في الدروس نسبتهم إليهم ، أنه كالعالم في وجوب الرد من غير فرق بين تلف العين وبقائها ، لا إطلاقاً ما دل على حرمة الربا بما هو صريح في عدم انتقاله عن المالك ، والعذر في الحكم التكليفي لا ينفي الفساد الذي هو الحكم الوضعي ، وحينئذ فيجوز فيدما قلناه في العالم ، في ربا القرض وربا البسج ، و قوله تعالى (٢) «فإن تبتم فلکم رؤس أموالکم» خلافاً للنهاية والنافع والدروس والحداثق والرياض ومحكي الصدوق والراوندي والأبي والقطيفي والأردبيلي ؛ فلم يوجبوا الرد ؛ بل عن التنقيح نسبتهم إلى الشيخ وأتباعه ، بل قيل أنه ظاهر الطبرسي أو صريحه وكأنه مال إليه في التحرير وحواشي الشهيد ، ولا فرق في ذلك بين وجود المال وتلفه ، كما عن نهاية الأحكام التصريح به .

نعم ظاهرهم اشتراط ذلك بالانتهاء عما مضى ، بأن يتوب عما سلف ، وصرح في الحداثق بصحة المعاملة في هذا الحال ، و لعله مراد الباقيين ، إذ الحكم بعدم وجوب الرد مع القول بفساد المعاملة في غاية البعد . نعم قد يقال أن محل كلامهم في ربا القرض ونحوه مما يخص الحرمة الزيادة - لا مطلق العوض ، إلا أن إطلاقهم مناف له . وكيف كان فالعمدة في ذلك بعد الأصل قيل وإستصحاب الحكم حال الجهل إلى ما بعد المعرفة ، واختصاص أدلة حرمة الربا كتاباً وسنة . للتبادر من السياق وقاعدة التكليف - بصورة العلم ، خصوصاً الآية المزبورة التي هي (٣) «يا أيها الذين آمنوا اتقوا الله وذروا ما بقي من الربا إن كنتم مؤمنين فإن لم تفعلوا فاذنوا بحرب من الله ورسوله فإن تبتم فلکم رؤس أموالکم» مؤيداً بما حكى من سبب النزول ، أن

(١) الوسائل الباب ٨ - من أبواب الخمس

(٢ و ٣) سورة البقرة الآية ٢٧٩

الوليد بن المغيرة كان يربى في الجاهلية ، وقد بقي له بقايا على ثقيف فأراد خالد المطالبة بها بعد ما أسلم ، فنزلت الآية قوله تعالى (١) « فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف » المفسر في ظاهر المحكي عن الطبرسي بأن له ما أخذ وأكل من الربا قبل النهي ، ولا يلزمه ردّه كالمحكي عن الراوندي في تفسيره بأن له ما أكل وليس عليه ردّ ما سلف ، إذ الم يكن علم أنه حرام ، مستدلاً عليه بقول أبي جعفر عليه السلام (٢) « من أدرك الإسلام وتاب عما كان عمله في الجاهلية وضع الله عنه ما سلف » فمن ارتكب رباً بجهالة . ولم يعلم أن ذلك محظور ، فليستغفر الله في المستقبل ، وليس عليه فيما مضى شيء ، ومتى علم أن ذلك حرام أو تمكن من علمه فكلماً يحصل له من ذلك محرّم عليه ويجب عليه ردّه إلى صاحبه .

ثم قال : قال السدي : له ما سلف له ما أكل ، وليس عليه ردّ ما سلف ، فأما من لم يقبض بعد فليس له أخذه ، وله رأس المال ، لكن عن الطبرسي أن دروي الخبر المزبور إلى قوله تعالى « فله ما سلف » فيحتمل أن يكون ما بعده من كلام الراوندي ، وفي الصحيح (٣) « دخل رجل على أبي جعفر عليه السلام من أهل خراسان قد عمل بالربا حتى كثر ماله ثم إنه سأل الفقهاء فقالوا ليس يقبل منك شيء إلا أن تردّه إلى أصحابه ، فجاء إلى أبي جعفر عليه السلام ، فقص عليه قصته ، فقال له أبو جعفر عليه السلام : مخرجك من كتاب الله عز وجل ، فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف وأمره إلى الله والموعظة التوبة . وقد فسرّت الموعظة بالتوبة ؛ في صحيح ابن مسلم (٤) الآخر أيضاً عن أحدهما عليه السلام وفي المروي عن نوادر أحمد بن محمد بن عيسى (٥) عن أبيه « قال إن رجلاً أربى دهر من الدهر ؛ فخرج قاصداً إلى أبي جعفر عليه السلام يعني الجواد فقال له : مخرجك

(١) سورة البقرة الآية ٢٧٥

(٢) المستدرک ج ٢ ص ٢٧٩

(٣) الوسائل الباب ٥- من ابواب الربا الحديث ٧- وتفسير المياشي ج ١ ص ١٥٢

(٤) الوسائل الباب ٥- من ابواب الربا الحديث ١٠-

من كتاب الله «فمن جائه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف وأمره إلى الله والموعظة هي التوبة، لجهله بتحريمه ثم معرفته به، فما مضى فحلال، وما بقي فليتحفظ» ونحوه ما عن فقه الرضا عليه السلام (١) راوياً لعن أبي جعفر عليه السلام وفي صحيح هشام (٢) «سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل يأكل الربا وهو يرى أنه حلال، قال: لا يضره حتى يصيبه متعمداً فإذا أصابه متعمداً فهو بالمنزل الذي قال الله عز وجل، كقوله، عليه السلام في صحيح الحلبي (٣) «كل ربا أكله الناس بجهالة ثم تابوا فإنه يقبل منهم إذا عرف منهم التوبة. وقال: لو أن رجلاً ورث من أبيه مالا وقد عرف أن في ذلك المال ربا، ولكن قد اختلط في التجارة بغيره حلالاً، كان حلالاً طيباً، فليأكله، وإن عرفت منه شيئاً معزولاً أنه ربا فليأخذ رأس ماله ويرد الربا، وأيضاً رجل أفاد مالا كثيراً فيه الربا فحبل ذلك، ثم عرفه فأراد أن ينزعه، فماضى فله، وبدعه فيما يستأنف» وقال أيضاً في صحيح الآخر (٤): «إني رجل أبي فقال: إني ورثت مالا وقد علمت أن صاحبه الذي ورثته منه قد كان يربي وقد اعترف به واستيقن ذلك، وليس يطيب لي حلاله؛ لحال علمي به، وقد سألت الفقهاء من أهل العراق وأهل الحجاز فقالوا: لا يحل أكله من أجل ما فيه، فقال أبو جعفر عليه السلام: إن كنت تعلم بأن فيه مالا معروفاً وراوياً تعرف أهله؛ فتخذ رأس مالك ورد ما سوى ذلك؛ وإن كان مختلطاً، فكله هنيئاً فإن المال مالك، واجتنب ما كان يصنع صاحبه، فإن رسول الله صلى الله عليه وآله قد وضع ماضى من الربا وحرّم عليهم ما بقي، فمن جهله وسع له جهله حتى يعرفه، فإذا عرف تحريمه حرّم عليه، ووجب عليه فيه العقوبة إذا ارتكبه، كما يجب على من يأكل الربا.

وسأل الصادق عليه السلام (٥) أيضاً أبو الربيع الشامي «عن رجل أربى بجهالة ثم أراد أن يتركه فقال أما ماضى فله وليتركه فيما يستقبل، ثم قال: إن رجلاً أتى أبا جعفر عليه السلام فقال:

(١) فقه الرضا ص ٧٧

(٢) الوسائل الباب ٥- من أبواب الربا الحديث ١-

(٣ و ٤ و ٥) الوسائل الباب ٥- من أبواب الربا الحديث ٢- ٣- ٤ باختلاف يسير

إني ورثت ما لا، وقد علمت أن صاحبه كان يربى وقد سألت فقهاء أهل العراق وفقهاء أهل الحجاز فذكروا أنه لا يحل أكله، فقال أبو جعفر عليه السلام: إن كنت تعرف منه شيئاً معزولاً وتعرف أهله وتعرف أنه رباً فخذ رأس مالك ودع ما سواه وإن كان المال مختلطاً فصعله حينئذ مريباً، فإن المال مالك، واجتنب ما كان يصنع صاحبك، فإن رسول الله ﷺ قد وضع ماضى من الربا، فغن جهله وسعه أكله، فأذاعه حرم أكله، فإن أكله بعد المعرفة وجب عليه ما وجب على آكل الربا، لكن لا يخفى عليك أن ما في جملة من هذه النصوص لا يطابق القول بالعمو مع الجهل مطلقاً.

نعم ظاهرها منطبق على المحكي عن ابن الجنيّد قال «من اشتبه عليه من الربا لم يكن له أن يقوم عليه إلا بعد اليقين بأن ما يدخل فيه حلال، فإن قلده فيه غيره، أو استدله فأخطأ، ثم تبين له أن ذلك ربا لا تحل له، فإن كان معروفاً ردّه على صاحبه، وتاب إلى الله، وإن اختلط بماله حتى لا يعرفه، أو ورثه ما لا يعلم أن صاحبه كان يربى، ولا يعلم الرّبا بعينه فيعزله، جازله أكله والتصرف فيه، إذ لم يعلم فيه الرّبا.

ألهم إلا أن يدعى ظهور صحيح الحلبي منها المشتمل على تعليل حلّ أكل الربا المختلط بوضع الرسول ﷺ ماضى منه، في أن المراد بما مضى نفس الربا في حالة الجهل مطلقاً؛ ومنه حينئذ يظهر صحة تفسير الآية بما عرفت، كما هو أيضاً ظاهرها.

وبالجملة فيحمل الأمر بالردّ حينئذ مع التميز والعزل لذلك على الاستحباب، وأما الجمع - بحمل الأمر على ظاهره، وتقييد الأدلة المتقدمة الدالة على إطلاق الإباحة بصورة الخلط - فيدفعه عدم التكافؤ بسبب الكثرة والاعتقاد بفتوى من عرفت، مضافاً إلى ظهور سياق المعبرة في عموم الإباحة حتى لصورة التمييز والمعرفة، فلا ريب حينئذ في أولوية صرف الأمر عن ظاهره إلى الاستحباب من ذلك هذا.

ولكن لا يخفى أنه لا يصلح للفقيه الجريئة بمثل هذه النصوص التي لا يخفى عليك إضرابها في الجملة، وترك الاستفصال فيها عن الربا أن صاحبه كان جاهلاً بجرمته أو حالها،

والأمر فيها بالتوبة مع عدم الذنب حال الجهل الذي يعذرفيه ، بل قد اشترط في الآية الحل^١ بها وحمله على الجهل الذي لا يعذرفيه ، ينافيه ما في خبر الباقر عليه السلام (١) السابق من إلحاق مثله بالعالم وترك الاستفصال فيها عن الربا في القرض والبيع ، وقد عرفت الفرق بينهما ، وغير ذلك على مخالفته الضوابط السابقة ، والاقدام على حلّ الربا الذي قد ورد فيه من التشديد ما ورد .

وقد تراه ابن ادریس حمل كلام الشيخ على ذلك، فضلا عن النصوص ، فإنه بعد أن حكى عن الشيخ في النهاية قوله « فمن ارتكب الربا بجهالة ولم يعلم أن ذلك محظور فليستغفر الله ، وليس عليه فيما مضى شيء ؛ ومتى علم أن ذلك حرام ثم استعمله فكل ما يحصل له من ذلك محرّم عليه ، ويجب ردّه على صاحبه ، قال : « المراد بذلك ليس عليه شيء من العقاب بعد استغفاره ، لأن المراد بذلك أنه ليس عليه شيء من ردّ المال الحرام ، بل يجب عليه ردّه إلى صاحبه بقوله تعالى (٢) «فإن تبتم فلکم رؤس أموالکم» فأما قوله (٣) «فمن جاءه موعظة» إلى آخره فالمراد والله أعلم فله ما سلف من الوزر وغفران الذنب ، وحق القديم سبحانه بعد انتهائه وتوبته ، لأن إسقاط الذنب عند التوبة تفضل عندنا ، بخلاف ما يذهب إليه المعتزلة

وقيل في التفسير ذكره شيخنا في التبيان ، (٤) وغيره من المفسرين ، أن المراد بذلك ما كان في الجاهلية من الربا بينهم فقال : «فمن جاءه موعظة من ربه فانتهى فله ما سلف» فأما ما يجري من المسلم فيجب ردّه على صاحبه ، سواء كان جاهلا بحاله ؛ غير عالم بأنه محرّم ، أو كان عالم بذلك ، فإنه يجب ردّ الربا على من أدبى عليه من المسلمين جميعا ، فلا يظنّ ظان ولا يتوهم متوهم على شيخنا فيما قال : غير ما حرّراه ، وتبعه في حمل الآية وبعض النصوص على أحد الأمرين العلامة في المختلف .

(١) الوسائل الباب ٥- من أبواب الربا الحديث ٧-

(٢) (٣٠٢) سورة البقرة الآية ٢٧٩ ص ٢٧٥

(٣) تفسير تبيان ج ٢ ص ٣٦٠ المطبوع في النجف الاشرف

يمكن وحمل بعض النصوص على العلم بأن الميت كان يربى وإن لم يعلم في خصوص المال منه شيئاً ، وعلى أنه مجهول المالك ، وقد أباحه الامام عليه السلام له أو على أنه من الشبهة الغير المحصورة أو غير ذلك ، بل في المحكي عن كشف الرموز أنه يمكن أن يقال أن من ادعى اليوم في الاسلام جهالة تحريم الربا لا يسمع منه ، فيحمل النص والفتوى على أول الاسلام ، وقد حكاها هو أيضاً عن صاحب الشرايع .

قلت: لا يخفى قوة كون المراد بالآية العفو عما سلف في حال الجاهلية ، نحو قوله تعالى (١) « ولا تنكحوا ما نكح آبؤكم من النساء إلا ما قد سلف » وغيره مما هو وارد مورده ، ومن هنا ادعى الفاضل المقداد في المحكي عن كنز صراحة اليتين في أنه لا يجب رد الراجع الجهل السابق على نزول التحريم ، ثم قال : « إنه قرار يجب الرد مع الجهل والعلم ، ثم إنه جمع بين انكلامين بأنه لا يجب على الكافر رد ما أخذ حال كفره ، إلا أن يكون عينه موجودة ، وأما المسلم فيجب عليه الرد مطلقاً ، سواء علم بالتحريم أو لم يعلم ، وإن كان قد يناقش فيه بأن الظاهر عدم وجوب الرد على الكافر وإن كانت العين موجودة . نعم ليس له قبضه كما أنه قد يناقش في وجوب الرد على المسلم بعد تلف العين ، لا مكان القول بأنه قد سلفه المالك عليها ، بل قال بعض مشايخنا في تأييد القول بالمفومع الجهل ، إن الدافع قد أباح للقباض هذه الزيادة ، لأنه إن كان عالماً بظاهر ، وإن كان جاهلاً فكذلك ، لأنه دفعها على التراضي مبيعاً لها ، غاية ما في الباب أنها لو بقيت وأراد الرجوع بهارجع ، وليس هذا التراضي منوطاً بوجه مخصوص ، حتى يكون كالتراضي في العقد الفاسد ، فتكون الإباحة مشروطة بصحة العقد ، في الواقع وسلامة المقابل ، وصريحه أن القائل بالمفومع معترف بالفساد في هذا الحال ، خلاف ما سمعته سابقاً من صاحب الحدائق .

لكن فيه أن القول بالعفو عنه أشد مخالفة للقواعد والضوابط خصوصاً في ربا البيع

ومن الغريب دعوى عدم تقييد الإباحة بذلك ، والفرض أنه مادفعه إليه إلا بعنوان الاستحقاق بالمعاملة الربوية ، ومنه ينقدح دفع المناقشة الأخيرة ، وأن المتجه الضمان مطلقا مع وجود العين وتلفها ، كما حكاها في الدروس عن المتأخرين وهو كذلك ، وقد بان لك من ذلك كله أنه لا ريب في أن الأخطى إن لم يكن الأقوى اجتناب ذلك كله ، على أن النصوص المزبورة ظاهرة في معذورية من تناول الربا جهلا ، وهو شامل لما إذا كان الطرف الآخر عالما مع أن المعاملة حينئذ فاسدة قطعا ، لحرمة الربا فساد المعاملة بالنسبة إلى العالم ، وذلك يقتضى فسادها بالنسبة إلى الجاهل ، فلا بد من التزام أمور عظيمة حينئذ بالنسبة إلى حل مال الغير في يد الآخر وعدم جواز أخذه لمالكه مع وجود عينه ، وغير ذلك مما يصعب التزامه . وأيضا الجاهل الغير المعذور الذى قد تاب ، مندرج في قوله تعالى (١) «فإن تبتم فلکم رؤس أموالکم» ومنه ينقدح الإشكال فى النصوص المزبورة المشتملة على تفسير الموعظة بالتوبة مضافا إلى ظهور الآية وغيرها أن المراد «من جاءه موعظة من ربه فانتهى» أي امتثل ما جاء من ربه من النهى فهو ظاهر فى أول النزول والله العالم .

إلى هنا تم الجزء الثالث والعشرون من كتاب جواهر الكلام بحمد الله
والمنه وقد بذلنا غاية الجهد في تصحيحه ومقابلته للنسخة
المصححة على النسخة الأصلية المخطوطة المصححة
بقلم المصنف طاب ثراه ويتلوه الجزء الرابع
و العشرون إن شاء الله تعالى
في بيع الصرف وأحكامه
على الاخوندى

فهرس الجزء الثالث والعشرون

من كتاب جواهر الكلام

العنوان	الصحيفة	العنوان	الصحيفة
لو كان العاقد واحدا عن إثنين	٢٠	الفصل الثالث في الخيار	٣
كان الخيار باقيا		الأول خيار المجلس	٣
القسم الثاني خيار الحيوان	٢٣	لكل من المتبايعين خيار الفسخ	٤
خيار الحيوان ثلاثة أيام	٢٤	ماداما في المجلس	
خيار الحيوان للمشتري خاصة	٢٤	ثبوت الخيار للوكيلين لصدق	٥
ابتداء الخيار من حين العقد	٢٨	البیان عليهما	
الخيار يسقط باسقاط سقوطه و بالتزامه	٢٩	المدار في التفرق هو التفرق عن مجلس العقد	٨
يسقط الخيار بانقضاء المدة	٣٠	عدم بطلان خيار المجلس او	٩
القسم الثالث خيار الشرط	٣٢	أكرها على التفرق	
لابدان يكون مدة خيار الشرط	٣٢	سقوط الخيار باسقاط سقوطه	١١
مظبوطة		سقوط الخيار بمفارقة كل من	١٣
لكل منهما ان يشترط الخيار	٣٤	المتبايعين ولو بخطوة	
لنفسه او لغيره		سقوط الخيار بالتخاير	١٥
يجوز لهما اشتراط خيار المؤامرة	٣٥	لواتزم أحدهما به سقط خياره	١٦
للبايع اشتراط الخيار مدة معينة	٣٦	دون صاحبه	
برد الثمن وارتجاع المبيع انشاء		ولو خیر أحدهما فسكت فخياره	١٦
النماء من حين العقد الى حين	٣٩	باق	
الفسخ للمشتري كما ان التلف		سقوط الخيار بالشراء من ينعتق	١٩
منه		على المشتري	

الصحيفة	العنوان	الصحيفة	العنوان
٢٠	المعتبر في رد المبيع رد العين	٦١	خيار المجلس مغتصم بالبيع
٢١	القسم الرابع خيار الغبن	٦١	خيار الشرط يشترط في كل بيع
٤١	الزيادة والنقص لا بد أن يكون		لا يستعقبه العتق
	بمقدار لا يتسامح فيها عادة	٦٢	خيار الشرط يشترط في كل عقد
٤٤	لا يسقط الخيار بالتصرف قبل		عدا التكاكح والوقف
	ظهور الغبن	٦٤	خيار الشرط لا يشترط في الإبراء
٥٠	لا يشترط بالغبن أرش		والطلاق والعتق
٥١	القسم الخامس خيار التأخير	٦٥	التصرف من المشتري يسقط
٥٢	المدة في تأخير الثمن ثلاثة أيام		خيار الشرط
	وإن تأخر أزيد فلا يبيع الخيار	٦٩	لو كان الخيار لهما وتصرف أحد
٥٦	لا فرق في اعتبار الثلاثة بين		هما سقط خياره
	الحيوان وغيره	٧٢	لو أذن أحدهما بالتصرف فيما
٥٦	لا فرق في المدة بين أفراد المبيع		انتقل إليه وتصرف الآخر فيما
٥٦	مبدء المدة من حين التفرق		انتقل إليه أيضاً سقط خيارهما
٥٧	لو تلف المبيع في الثلاثة كان	٧٤	إذا مات من له الخيار انتقل إلى
	من مال البائع		الوارث
٥٨	قاعدة التلف في مدة الخيار ممن	٧٥	امتداد الخيار ما دام الميت و
	لا خيار له لا تشمل المقام		الآخر في المجلس
٥٩	من اشترى ما يفسد ليومه إن جاء	٧٦	لا فرق في إرث الخيار بين حصوله
	بالثمن قبل الليل والافلا يبيع له		فعلاً للميت وبين حصول سببه
٦١	احكام الخيارات	٧٧	لوجن ذو الخيار قام وليه مقامه

العنوان	الصحيفة	العنوان	الصحيفة
فان كان المبيع على ما وصفه	٩٢	لو كان الميت مملوكا مأذونا	٧٧
فالبيع لازم و الاكان المشتري		ثبت الخيار للمولاه	
بالخيار		المبيع يملكه المشتري بالعقد	٧٨
لو اشترى ضيعة بالوصف ثبت له	٩٥	نماء المبيع بين العقد وانقضاء	٨٢
الخيار اذا لم يكن على الوصف		الخيار للمشتري	
في فورية هذا الخيار و تراخيه	٩٥	إذا تلف المبيع قبل قبضه فهو من	٨٣
صحة اسقاط هذا الخيار بعد	٩٦	مال بايعه	
تحقيقه		إذا تلف المبيع بعد قبضه فهو من	٨٥
الفصل الرابع في احكام العقود	٩٧	مال المشتري وإن كان الخيار	
في النقد والنسيئة	٩٨	للمشتري خاصة فالتلف من مال	
من ابتاع شيئاً مطلقاً أو اشترط	٩٨	البائع	
التعجيل كان الثمن حالا		خيار الشرط يثبت من حين	٨٥
في صحة اشتراط تأجيل الثمن	٩٩	العقد	
في لزوم تعيين مدة الاجل	١٠٠	إذا اشترى شيئين وشرط الخيار	٩١
لو اشترط التأجيل و لم يعين	١٠٠	في أحدهما على التعيين صح	
أجلاً كان البيع باطلا		خيار الرؤية وهو لا يثبت الا في	٩٢
في حكم ما لو باع بضمن حال	١٠٢	بيع الاعيان من غير مشاهدة	
أو بأزيد منه إلى أجل		و يقتصر ذلك الى ذكر النوع	٩٢
الجواهر - ٥١		وذكر الوصف	
		يبطل العقد مع الإخلال بذكر	٩٣
		الوصف والنوع ويصح مع ذكرهما	

العنوان	الصحيفة	العنوان	الصحيفة
جواز بيع المتاع حالا ومؤجلا	١٢٠	بطلان البيع إلى وقتين متأخرين	١٠٧
زيادة عن ثمنه إذا كان المشتري عارفاً بقيمته		جواز ابتياع البائع المتاع قبل	١٠٨
جواز تعجيل الثمن بنقصان منها	١٢١	حلول أجل الثمن إذا لم يكن قد اشترط ذلك حين العقد	
وجوب ذكر الأجل على من ابتاع شيئاً مؤجلاً وأراد بيعه مرابحة	١٢٢	جواز ابتياع البائع المتاع بعد	١٢٢
فإن باع مرابحة ولم يذكر الأجل كان للمشتري الخيار	١٢٣	حلول الأجل بمثل ثمنه حالا أو مؤجلاً	
النظر الثاني فيما يدخل في المبيع	١٢٤	عدم وجوب دفع الثمن على المشتري قبل حلول الأجل وإن طرلب	١١٤
فيما يدخل في المبيع إذا باع بستاناً	١٢٩	عدم وجوب أخذ الثمن على البائع إن دفعه تبرعاً قبل	١١٤
فيما يدخل في المبيع إذا باع داراً	١٣٠	حلول الأجل	
فيما يدخل في المبيع إذا باع أرضاً	١٣٣	وجوب أخذ الثمن على البائع بعد حلول الأجل وتمكنه منه	١١٥
لو باع نخلاً قد أبرمها فهو للبائع ويجب على المشتري توقيته	١٣٤	إن امتنع البائع من أخذ الثمن وتلف كان من ماله	١١٦
لو انتقل النخل بغير البيع فالثمره للناقل	١٣٧	وجوب أخذ المتاع على من اشترى سلماً إن تمكنه البائع منه	١١٩
لو كان المقصود من الشجر ورده فهو للبائع	١٣٩		

العنوان	الصحيفة	العنوان	الصحيفة
وجوب تسليم المبيع مفرغا	١٦٢	استحقاق المالك تبقىبة الثمرة على	١٤١
لوبياع شيئا ففصب من يدالباياع	١٦٢	الاصول	
فللمشترى الفسخ		جواز سقى الثمرة و الاصول	١٤٢
لومنع الباياع عن التسليم ثم	١٦٤	لصاحبها	
سلم بعد مدة كان له الاجرة		الاحجار المخلوقة فى الارض	١٤٣
جواز بيع المتاع الذى لم يقبضه	١٦٤	تدخل فى بيع الارض	
كراهة بيع المتاع الذى لم يقبضه	١٦٩	النظر الثالث فى التسليم	١٤٤
جواز بيع ماملكه بغير ابتياع و	١٧٠	إطلاق العقد يقتضى وجوب	١٤٥
ان لم يقبضه		تسليم المبيع والتمن	
صحة الشراء لو دفع إليه مالا	١٧٣	جواز اشتراط الباياع تأخير	١٤٧
وقال اشترى به طعاما الى		التسليم الى مدة معينة	
إذا قبض المشتري المبيع وادعى	١٧٥	الكلام فيما يتحقق به القبض	١٤٨
نقصانه فالقول قوله إن لم يحضر		إذا تلف المبيع قبل قبضه فهو	١٥٧
كيله ولا وزنه		من مال بايعه	
إذا ادعى المشتري نقصان المبيع	١٧٧	إذا نقصت قيمته قبل قبضه كان	١٥٨
وقد حضر الكيل والوزن فالقول		للمشتري رده	
قول الباياع		إذا حصل للمبيع نماء كان	١٦٠
إذا أسلفه في طعام يبلده لم يجب	١٧٨	للمشتري	
عليه دفعه فى غيره		إذا اختلط المبيع بغيره فى يد	١٦٠
جواز المطالبة بالقيمة إذا	١٧٩	الباياع فللمشتري الخيار	
أسلفه في طعام ولم يكن عنده		لو باع جملة فتلف بعضها	١٦١
حين الاجل		فللمشتري فسخ العقد	

العنوان	الصحيفة	العنوان	الصحيفة
النظر الخامس في الشروط	١٩٨	لو كان مقروضا بالطعام في بلد	١٨٠
كل شرط لم يكن مؤدياً إلى	١٩٩	يجوز أخذ القيمة بسعر ذلك البلد	
جهالة المبيع أو الثمن ولا مخالفاً		جواز مطالبة الغاصب بالمثل أو	١٨١
للكتاب والسنة فهو جائز		القيمة حيث كان	
عدم جواز اشتراط مالا يدخل	٢٠٣	إذا أطلقا المتبايعان نقداً أنصرف	١٨٣
في مقدوره		إلى نقداً البلد	
جواز ابتياع المملوك بشرط	٢٠٥	إذا اختلف المتبايعان في قدر	١٨٤
أن يعتقه		الثمن فالقول قول البايع إن كان	
لوبياع العبد المشروط عليه عتقه	٢٠٧	المبيع باقياً	
فلبايع الخيار بين الفسخ و		إذا اختلفا في تأخير الثمن و	١٨٧
الامضاء		تعجيله فالقول قول البايع	
العبد المشروط عتقه يجوز اعتاقه	٢٠٩	إذا اختلفا في قدر المبيع فالقول	١٨٩
عن كفارته		قول البايع أيضاً	
الكلام في صحة البيع المشتمل	٢١٠	إذا اختلفا في تعيين ماهو المبيع	١٨٩
على الشرط الفاسد وبطلانه		فهنا دعويان فيتحالفان	
جواز شرط الضمان في البيع	٢١٦	لوتحالف بعد هلاك العين ضمن مثلها	١٩٣
للمن كله أو بعضه		أو قيمتها يوم الهلاك	
إذا اشترط العتق فاعتقه فقد لزم	٢١٨	لو اختلف ورثة البايع و ورثة	١٩٤
البيع		المشتري في القدر فالقول قول ورثة	
عدم جواز بيع العبرة المجهولة	٢٢١	البايع في المبيع وورثة المشتري	
جواز بيع ما تكتفي فيه المشاهدة	٢٢٢	في الثمن	
بالمشاهدة من غير مسح		إذا اختلفا في صحة العقد وبطلانه	١٩٥
		فالقول قول من يدعي صحته	

العنوان	الصحيفة	العنوان	الصحيفة
لوا راد بيع المعيب فالاولى الاعلام	٢٢٦	لوا باع ارضاعلى انهاجر بان معينة	٢٢٨
أوالتبرى من العيوب		فكانت أقل فلامشترى الخيار	
اذا ابتاع شيئين صفقة ثم علم بعيب	٢٢٨	صحة المعاملة لوجمع بين	٢٣٣
فى احد همالم يجر رد المعيب		شيئين مختلفين فى عقد واحد	
منفردا		جواز بيع السمن بظروفه	٢٣٤
لواشترى اثنان بالشركة شيئا	٢٤٩	الفصل الخامس فى احكام	٢٣٥
كان لهم امعا الخيار لامنفردا		العيوب	
جواز رد الامة بعد الوطى ءاذا	٢٥١	من اشترى مطلقا اقتضى سلامة	٢٣٥
علم بانها حبلى		المبيع من العيوب	
اذا اراد ردها يرد معها نصف	٢٥٣	لوظهر فى المبيع عيب سابق على	٢٣٦
عشر ثمنها		العقد فالمشترى بالخيار	
لانرد الامة مع الوطى بغير عيب	٢٥٥	سقوط الرد بالتبرى من العيوب	٢٣٧
الحمل		سقوط الخيار بالعلم بالعيب قبل	٢٣٨
القول فى اقسام العيوب	٢٥٧	العقد	
فى بيان ماهو الضابط فى العيوب	٢٥٨	فى سقوط الخيار باسقاطه وعدم	٢٣٩
لواخل البايع بما اشترط عليه	٢٦٢	جواز الرد با حدائه فيه حدنا	
المشترى فله الخيار		فى عدم جواز انرد بحدوث عيب	٢٤٠
التصريه عيب	٢٦٢	بعد القبض	
التصريه تدليس	٢٦٣	جواز الرد لو كان العيب الحادث	٢٤١
الكلام فى احكام التصريه	٢٦٥	قبل القبض	
الكلام فى ثبوت التصريه فى الشاة	٢٧٣	الكلام فيما يسقط به الارش	٢٤٤
لوزالت التصريه قبل ثلاثة ايام	٢٧٤	خاصة دون الرد	
سقط الخيار			

العنوان	الصحيفة	العنوان	الصحيفة
كيفية طريق معرفة مقدار الارش	٢٨٩	التيبوبة ليست عيبا	٢٧٦
إذا علم بالعيب ولم يرد لم يبطل	٢٩٥	لو شرط البكارة فكانت ثيبا كان	٢٧٨
خياره ولو تطاول		له الرد	
إذا حدث العيب بعد العقد وقبل	٢٩٦	الاباق الحادث عند المشتري لا	٢٧٩
القبض كان للمشتري رده		مرد به العبد	
ما يحدث في الحيوان بعد القبض	٢٩٦	لو أبق العبد عند البايع كان	٢٨٠
وقبل انقضاء الخيار لا يمنع الرد		للمشتري رده	
في الثلاثة		نبوت خيار العيب للمشتري إذا	٢٨١
يرد المملوك لمن أحداث السنة	٢٩٧	لم تحض الأمة في ستة أشهر و	
الفصل السادس في المراجعة و	٣٠٣	كانت مثلها ممن تحيض	
المواضعة والتولية		الدردى في الزيت عيب موجب	٢٨٢
الكلام في المراجعة وتوابعها	٣٠٥	للرد	
في شرائط بيع المراجعة	٣٠٧	تحمير الوجه ووصل الشعر وما	٢٨٣
لا بد من ذكر الصرف والوزن ان	٣٠٨	شابهه تدليس	
اختلفا		إذا قال البايع بعتك بالبراءة و	٢٨٥
إن عمل فيه غيره باجرة مسماة صح	٣١١	أنكر المبتاع فالقول قوله	
أن يضمها إلى الثمن		إذا ادعى المشتري سبق العيب	٢٨٧
لو اشترى بضمن معيبا ورجع بأرض	٣١٢	على القبض و أنكره البايع	
عيبه اسقط قدر الارش وأخبر		فالقول قوله	
بالباقى		بيان طريق معرفة الأرض	٢٨٨

العنوان	الصحيفة	العنوان	الصحيفة
لواختلاف الجنس جاز التماثل و التفاضل	٣٤١	لوجنى العبد فداء السيد لم يجز له أن يضم الفدية الى ثمنه	٢١٢
الحنطة والشعير جنس واحد فى الربا	٣٤٥	كراهة نسبة الربح الى المال	٣١٣
ثمرة النخل جنس واحد وان اختلفت انواعه	٣٤٧	لوشروط البايع فى حال البيع أن يبيعه المتاع لم يجز	٣١٥
كل ما يعمل من جنس واحد يحرم التفاضل فيه	٣٤٨	لوباع مرا بحة فبان رأس ماله أقل فللمشتري الخيار	٣١٧
ما يعمل من جنسين يجوز بيعه بهما بشرط أن يكون فى الثمن زيادة عن مجاقسه	٣٥٣	إذا حط البايع بعض الثمن للمشتري أن يخبر بالاصل	٣٢٠
اختلاف اللحوم بحسب اختلاف أسماء الحيوان	٣٥٥	من اشترى امّعة صفقة لم يجز بيع بعضها مرا بحة	٣٢١
الطيور اجناس مختلفة	٣٥٦	إذا قوم على الدلال متاع لم يجز بيعه مرا بحة	٣٢٣
الالبان تتبع اللحم فى التجانس و التخالف	٣٥٧	إذا قوم التاجر على الدلال متاعا لم يجب عليه الوفاء	٣٢٥
تبيحة الأدهان لما استخرج منه لاربا الآفى مكيل أو موزون	٣٥٨	الكلام فى التولية	٣٢٧
ثبوت الربا فى الطين الموزون كالأرمنى	٣٦٢	الكلام فى المواضعة	٣٢٩
الاعتبار فى المكيل والموزون بعادة الشرع	٣٦٣	الفصل السابع فى الربا فى حرمة الربا	٣٣٠
		فساد المعاملة الربوية	٣٣٢
		ثبوت الربا فى كل معاوضة	٣٣٣
		بيان الجنس الذى اعتبر اتحاده فى الربا	٣٣٥

العنوان	الصحيفة	العنوان	الصحيفة
لاربايين المسلم واهل الحرب	٣٨٢	إذا اختلف البلدان في المكيل	٣٦٥
ثبوت الربا بين المسلم والذمي	٣٨٣	والموزون كان لكل بلد حكمه	
عدم جواز بيع لحم بحيوان من	٣٨٤	ففي اعتبار المساواة وقت	٣٦٦
جنسه جواز بيع لحم بحيوان		الابتياح	
غير جنسه اذا كان حاضرا	٣٨٦	جواز بيع اللحم يتابعه دمتساويا	٣٦٧
جواز بيع دجاجة فيها بيضة	٣٨٩	جواز بيع لربط بالتمر مثلا	٣٦٩
بدجاجة خالية		بمثل	
القسمه تميز أحد الحقيين وليست	٣٩٠	جواز بيع الحنطة بالدقيق وزنا	٢٧٠
بيعا		متساويا	
جواز بيع درهم ودينار بدينار و	٣٩١	جواز بيع المكيل وزنا وبالعكس	٣٧٢
درهمين		وعدمه إذا كان غير متعارف	
طريقة التخلص من الربا	٣٩٦	جواز بيع الأدقه بعضها ببعض مثلا	٣٧٦
ففي وجوب رد الزيادة	٣٩٧	بمثل	
المأخوذة بالربا		جواز بيع الخلول بعضها ببعض	٣٧٧
وجوب ردّ الموضين في المعاملة	٣٩٧	لاربايين الوالد وولده	٣٧٨
الربوية		لاربايين المولى ومملوكه	٣٨٠
حكم من أربى بجهالة ثم تاب	٣٩٩	لاربايين الزوج وزوجته	٣٨١

جدول الخطأ والصواب

الصفحة	السطر	الخطأ	الصواب
٦	٧	الوكيل	الوكيلين
١١	١٠	الختبار	الخيار
٣١	١٦	ينعق	ينعتق
٤٢	٢	الظرار	الضرار
٤٢	١٢	الظرار	الضرار
٥٦	٢	انه يلوح	مع أنه يلوح
٥٩	١١	بما ذيل	بما في ذيل
٦٠	٢١	منضنه	مضنة
٦٥	١٣	لاتعليل	لاتعليلية
٦٦	١	ور بما	ومن هنا
٧٥	٥	عنه العامل	عند التأمل
٨٤	١٣	يقضيان	يقضيان بأن
١٠٥	١٩	سابها	سابها
١٥٠	١١	الاعتار	الاعتبار
١٥٦	١٢	ظاهران	ظاهري أن
١٦٥	٣	فيشتراه	فيشتريه
١٦٥	٧	اثتريته	اشتريته
١٦٥	١٠	اثترى	اشترى
١٦٨	٨	اثترى	اشترى
١٧٢	١٠	من الامر	من أن الامر
١٧٥	١	أو المحال	أو المال المحال
١٧٥	١٢	(ف) (ي) ان	(ف) (ي) ان)
١٨٧	١٣	خلاف بعته	خلاف يعتد
١٨٨	١٤	فندرج	فيندرج
٢٠٨	١	نز لزلله	في نز لزلله
٢٠٨	١٠	منع	من وضوح منع
٢٠٩	١٢	لكون معصيته	لكونه معصية
٢٢٢	٤	لان ذلك	لأن ذلك
٢٤٠	٩	يكن رده	يكن لرده
٢٥٣	٢٠	سال	سئل
٢٥٦	٩	ومن الاوليه	ومن الاولوية
٢٦٤	٦	سمت	سمعت
٢٦٩	٩	بناء اصالة	بناء على اصالة